

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Mgr. Filip Ehrenberger

Podnikatel. Podnikání. Podnik.
Entrepreneur. Business activity. Enterprise.

Rigorózní Práce

Konzultant: JUDr. Petr Čech, LL.M.

Katedra: Obchodního práva

Datum vypracování práce: 27. prosince 2010

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci vypracoval samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených, tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 27. prosince 2010

Mgr. Filip Ehrenberger

Děkuji JUDr. Petrovi Čechovi, LL.M. za vedení práce, odborné připomínky, návrhy, rady a za poskytnutí konzultací na dané téma.

OBSAH:

ÚVOD	6
1. PODNIKÁNÍ	7
1.1. VYMEZENÍ POJMU PODNIKÁNÍ PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU	8
1.1.1. Znaký podnikání	10
1.1.2. Úskalí současné definice podnikání	13
1.1.3. Podnikání zahraničních osob	24
1.2. NEOPRÁVNĚNÉ PODNIKÁNÍ	27
1.2.1. Soukromoprávní následky neoprávněného podnikání	28
1.2.1.1. Případy neoprávněného podnikání	30
1.2.1.2. Význam ustanovení § 3a v obchodním zákoníku	31
1.2.1.3. Neplatnost právního úkonu učiněného při neoprávněném podnikání	33
1.2.1.4. Odpovědnost za škodu způsobenou neoprávněným podnikáním	34
1.2.2. Veřejnoprávní důsledky neoprávněného podnikání	37
1.2.2.1. Neoprávněné podnikání jako trestný čin	37
1.2.2.2. Neoprávněné podnikání jako přestupek	39
1.2.2.3. Neoprávněné podnikání jako správní delikt	40
1.2.3. Neoprávněné podnikání po rekodifikaci soukromého práva	41
2. PODNIKATEL	43
2.1. VYMEZENÍ POJMU PODNIKATEL PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU	44
2.1.1. Dělení podnikatelů	45
2.1.1.1. Osoba zapsaná v obchodním rejstříku	46
2.1.1.2. Osoba podnikající na základě živnostenského oprávnění	48
2.1.1.3. Osoba podnikající na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů	49
2.1.1.4. Osoba, která provozuje zemědělskou výrobu a je zapsaná do evidence podle zvláštního předpisu	50
2.1.1.5. Zahraniční osoby	51
2.1.1.6. Shrnutí	52
2.2. PODNIKATELÉ PODLE PRÁVNÍ FORMY	52
2.3. VHODNOST ČI NEVHODNOST VEŘEJNOPRÁVNÍ REGULACE?	56
2.4. SROVNÁNÍ POJMU PODNIKATEL S PRÁVNÍ ÚPRAVOU NĚMECKOU, RAKOUSKOU A FRANCOUZSKOU	58

2.4.1. POJEM OBCHODY	62
2.5. VYMEZENÍ POJMU PODNIKATEL PO REKODIFIKACI SOUKROMÉHO PRÁVA	63
3. PODNIK	65
3.1. VYMEZENÍ POJMU PODNIK PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU	66
3.1.1. Složky podniku	70
3.1.2. Může mít podnikatel více podniků?	74
3.1.3. Podnik jako věc hromadná	76
3.2. SROVNÁNÍ POJMU PODNIK S PRÁVNÍ ÚPRAVOU FRANCOUZSKOU, NĚMECKOU A RAKOUSKOU	80
3.3. PODNIK A SPOLEČNOST V PRÁVU EVROPSKÉ UNIE	82
3.4. VYMEZENÍ POJMU PODNIK PO REKODIFIKACI SOUKROMÉHO PRÁVA	85
ZÁVĚR	87
SEZNAM KLÍČOVÝCH SLOV	88
SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	89
SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY	90

ÚVOD:

Tématem mé rigorózní práce je podnikatel, podnikání, podnik. Jde o velmi významné pojmy, kterými se zabývají obecná ustanovení obchodního zákoníku a obchodního práva vůbec.

Tyto pojmy prolínají celým právním systémem a svým obsahem přesahují soukromé právo. Nelze proto vytvořit ucelený právní předpis, který by je zcela zastřešil. Přesto lze konstatovat, že hlavním pramenem upravujícím soukromoprávní vymezení této problematiky je zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.

Ve své práci se zaměřím především na soukromoprávní úpravu těchto pojmů, vymezím současnou právní úpravu a v některých případech i právní úpravu jí předcházející, či úpravu *de lege ferenda*, a to zejména z důvodu, abych nastínil, jakým směrem se právní úprava výše uvedených pojmů ubírá. Nelze rovněž opomíjet současný stav prací na rekodifikaci soukromého práva.

Tato problematika je také předmětem řady odborných článků, ve kterých nejsou tyto pojmy vykládány zcela souladně. Budu se snažit co nejvýstižněji vymezit tyto pojmy, stejně tak i některé pojmy související, vyjádřit jejich vzájemné propojení, poukázat na problematická místa současné právní úpravy a na neshody při jejich výkladu a zodpovědět otázky, které se při výkladu těchto pojmů vyskytují.

Dále v této práci budu komparovat právní úpravu pojmů podnikatel, podnikání a podnik s některými zahraničními právními řády a poukážu na výhody či nevýhody české právní úpravy těchto pojmů.

Tuto práci člením na tři části. V první části vymezím pojem podnikání a rovněž pojem neoprávněné podnikání. Obsahem druhé části bude vymezení pojmu podnikatel. Třetí část bude věnována pojmu podnik.

1. PODNIKÁNÍ

Podnikání je významnou oblastí lidské činnosti a projevem lidské svobody. Jeho základy lze proto nalézt v Ústavě České republiky (především čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR) a v Listině základních práv a svobod.

Právo každého podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost je zakotveno v čl. 26 Listiny¹. Podle čl. 26 odst. 2 Listiny může podmínky a omezení pro výkon určitých povolání stanovit pouze zákon². Není tedy v pravomoci orgánů veřejné moci upravovat rozsah podnikatelských aktivit.

Toto právo navíc podporují ustanovení Smlouvy o fungování Evropské Unie. Podle čl. 49 a násl. této smlouvy³ mají fyzické a právnické osoby z členského státu právo zahajovat a provozovat podnikatelskou činnost v jiném členském státě za stejných podmínek jako domácí osoby.

Podnikání systematicky řadíme do oblasti soukromého práva. Tento institut je právně upraven především občanským zákoníkem, který představuje obecnou úpravu soukromoprávních vztahů, a obchodním zákoníkem jako speciální normou upravující specifické otázky týkající se podnikatelů a s podnikáním souvisejících majetkoprávních vztahů.

Pojem podnikání však svým rozsahem přesahuje hranice soukromého práva, neboť podmínky podnikání, které stanoví předpoklady, za nichž se fyzické nebo právnické osoby mohou zabývat určitou podnikatelskou činností, upravují normy veřejnoprávní. Obecnou subsidiární úpravu podmínek podnikání nalezneme v živnostenském zákoně, zvláštní úprava je pak obsažena v řadě dalších právních předpisů. Vhodností či nevhodností veřejnoprávní regulace většiny druhů podnikatelské činnosti se budu zabývat níže.

Postavení podnikatele je naším právním řádem podrobně upraveno, neboť je stanovena celá řada právních povinností, ať už z oblasti soukromého nebo veřejného práva, které musí podnikatel splnit. Na druhou stranu je podnikatel celou řadou právních odvětví chráněn.

¹ ČL. 26 Listiny: „Každý má právo na svobodnou volbu povolání a přípravu k němu, jakož i právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost.“

² Omezení stanoví převážně živnostenský zákon, ale také obchodní zákoník (např. zákaz konkurence) a celá řada dalších zvláštních zákonů. Jde zde o omezení veřejnoprávní i soukromoprávní povahy.

³ Dříve čl. 43 a násl. Smlouvy o založení Evropského Společenství

1.1. VYMEZENÍ POJMU PODNIKÁNÍ PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU

Tento základní pojem obchodního práva definuje první odstavec § 2 ObchZ. Podle tohoto ustanovení se podnikáním rozumí soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.

Ze slova činnost můžeme vyvodit, že se musí jednat o aktivní chování osoby. Podnikáním tudíž není např. uložení peněžních prostředků na vkladový účet a vyčkávání na sjednané úroky z této částky⁴.

Poněkud problematické se jeví vymezení, že podmínkou, aby určitá činnost mohla být podnikáním, je především to, že je prováděna podnikatelem. Je zde vyjádřena úzká vázanost a vzájemná závislost pojmů podnikání a podnikatel. Hned v úvodu tedy narážíme na základní otázku, zda je podnikáním pouze činnost vykonávaná podnikatelem, nebo lze za podnikání považovat i činnost osoby jiné.

Při podrobném výkladu tohoto ustanovení rovněž zjistíme, že by nás takové vymezení ve spojení s ustanovením § 2 odst. 2 ObchZ mohlo zavést do jistého kruhu při výkladu, že podnikáním je pouze činnost podnikatele a podnikatelem je s výjimkou osob zapsaných v obchodním rejstříku jenom ten, kdo podniká a má k tomu příslušné oprávnění⁵. Výsledkem takového výkladu by musel být závěr, že osoba nemůže podnikat, dokud není podnikatelem, a naopak podnikatelem nemůže být, dokud nezíská příslušné oprávnění a nepodniká. I. Pelikánová proto poukazuje na to, že z výše uvedeného důvodu musíme chápat vymezení prvního odstavce ustanovení § 2 ObchZ tak, že podnikání je činností kterékoliv osoby, která splňuje znaky v tomto odstavci uvedené⁶. Z tohoto názoru lze vyvodit, že podnikáním by byla i činnost, která je provozována jinou osobou než podnikatelem, tj. zejména osobou, která není podnikatelem, protože nezískala potřebné oprávnění k této činnosti.

Dle mého názoru však takovýto závěr učinit nelze. Myslím, že při použití gramatického výkladu tohoto ustanovení zjistíme, že výše uvedená podmínka je

⁴ Pohl, T.: Abeceda obchodního práva pro podnikatele, ASPI, Praha 2001, str. 11

⁵ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 33; Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 190; Pelikánová, I.: Podnikatel a podnikání podle obchodního zákoníku, Právo a podnikání 3/94, str. 16

⁶ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 190

zde jednoznačná a podnikání je pouze činnost vykonávaná osobou, která má statut podnikatele. Podnikání je činnost prováděná oprávněně, neboť za podnikatele se považuje kromě osob zapsaných v obchodním rejstříku pouze ten, kdo získal příslušné oprávnění⁷. Zákonodárce zde tedy váže vymezení pojmu podnikání na veřejné právo.

Domnívám se tedy, že z tohoto je možné dovodit, že v současné právní úpravě nelze za podnikání ve smyslu obchodního zákoníku považovat činnost, která jinak vykazuje znaky podnikání, avšak je prováděna neoprávněně (tj. bez příslušného oprávnění). Ke stejnému názoru došla i řada autorů odborné literatury⁸ a rovněž judikatura Nejvyššího soudu ČR⁹. To však nemá vliv na platnost či povahu právního úkonu, který byl při neoprávněném podnikání učiněn (viz kapitoly o neoprávněném podnikání).

Nutno však zdůraznit, že vazba definice podnikání na veřejné právo není rozhodně bezproblémová (více viz kapitola 2.3. Vhodnost či nevhodnost veřejnoprávní regulace?). Při pohledu na ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ z teleologického hlediska by hlavním kritériem pro posouzení, zda je určitá činnost podnikáním, měl být především charakter takové činnosti nikoliv to, zda určitá osoba získala veřejnoprávní oprávnění k podnikání. Jak vidno z výše uvedené odborné literatury i samotného rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, argumentace teleologickým výkladem tu není natolik silná, aby zvrátila výše uvedenou vazbu definice podnikání na veřejné právo.

Vzhledem k tomu, že tato definice pojmu podnikání vyvolává výše popsané nejasnosti, bylo by dle mého názoru vhodnější de lege ferenda tento odstavec nově formulovat, a to tak, aby se vyhnulo možnosti výkladu shora uvedeného odstavce jako kruhové definici a rovněž došlo k jednoznačnému

⁷ Nález Ústavního soudu ČR sp. zn. III. ÚS 140/99 ze dne 8.7.1999: „Podnikatelem je každá fyzická či právnická osoba, která oprávněně podniká...“

⁸ Srov. např. Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 6; Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 7; Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I. Polygon, Praha 2002, str. 30; Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004, str. 36; Švarc, Z. a kol.: Základy obchodního práva, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2005, str. 26; Kolektiv autorů: Obchodní právo. MERITUM – výkladová řada, ASPI, Praha 2005, str. 7

⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 21 Cdo 2137/2004 ze dne 8.3.2005, IS ASPI: JUD 26682 CZ: „...jestliže totiž někdo provádí činnost, jinak vykazující znaky podnikání, neoprávněně (nikoliv na základě živnostenského nebo jiného oprávnění nebo bez zápisu do evidence fyzických osob provozujících zemědělskou výrobu), nelze takovou činnost i z tohoto důvodu považovat za podnikání ve smyslu obchodního zákoníku (srov. § 3a obch. zák.).“

zákonnému vyjasnění, zda se za podnikání považuje pouze činnost prováděná oprávněně.

Tato problematika by měla být vyřešena rekodifikací soukromého práva. Nově by se mělo vymezení pojmu podnikání (stejně jako pojem podnikatel) přenést do nového občanského zákoníku. Toto řešení je plně v souladu s věcným záměrem nového občanského zákoníku, který vychází kromě jiného z jednoty soukromého práva a co možná největší univerzálnosti občanského zákoníku. Nový zákon o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), který spolu s dalšími zákony má nahradit současný obchodní zákoník, totiž nebude obecným zákonem upravujícím soukromoprávní vztahy vznikající v souvislosti s podnikáním, ale bude upravovat pouze určité specifické případy týkající se zpravidla jen některých podnikatelů.

Změnou oproti současnému stavu bude zřejmě to, že nový občanský zákoník nebude obsahovat definici podnikání, ačkoli tento pojem bude často používat. Ve vládním návrhu nového občanského zákoníku nalezneme pouze definici podnikatele (§ 394 NObčZ). Z této definice však lze vyvodit, že za podnikání se bude považovat výdělečná činnost samostatně vykonávaná na vlastní účet a odpovědnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku.

Mělo by tedy dojít k odstranění výše popsané problematiky provázanosti definice pojmu podnikání (a rovněž pojmu podnikatel) se získáním příslušného veřejnoprávního oprávnění. Rozhodující skutečností při určení, zda určitá činnost je podnikáním, zde bude především charakter vykonávané činnosti.

1.1.1. ZNAKY PODNIKÁNÍ

Podnikáním ve smyslu obchodního zákoníku je tedy dle mého názoru činnost podnikatele, pokud vykazuje znaky uvedené v § 2 odst. 1 ObchZ, tzn. soustavnost, samostatnost, uskutečňování vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem zisku. Tyto znaky musí být splněny současně. Pokud chybí některý ze znaků, o podnikání se nejedná.

- a) Za soustavnou považujeme takovou činnost, která má záměrně opakující se nebo pokračující charakter. Soustavností se zde rozumí určitá udržovaná

profesionalita určitého povolání vážící se na příslušné podnikatelské oprávnění a udržování kvalifikačních a věcných podmínek pro dané podnikání¹⁰. Zpravidla se bude jednat o činnost nepřetržitou a trvalou, ale není vyloučena ani činnost sezónní (např. provozování veřejného koupaliště, lyžařského vleku), která má krátkodobou povahu, nebo činnost s určitými přestávkami¹¹. Dokonce lze za soustavnou považovat i činnost, která je sama o sobě jednorázová, pokud dochází k jejímu každoročnímu opakování (např. vánoční prodej ryb). Za soustavnou však nelze považovat činnost ojedinělou, mimořádnou, nahodilou, jen příležitostně nebo občas vykonávanou¹². Soustavnost je třeba posuzovat podle konkrétního případu s přihlédnutím k povaze činnosti¹³.

- b) Samostatně prováděná je taková činnost, která je uskutečňována nezávisle na příkazech jiné osoby či osob. Podnikatel má schopnost či možnost sám rozhodovat o všech organizačních a technických podmínkách výkonu dané činnosti, tedy zejména o tom, v jaké době a po jakou dobu bude činnost realizována, na místě jejího výkonu, ve vztahu k jaké cílové skupině zákazníků apod., aniž by podléhal pokynům někoho jiného nebo byl v nějakém vztahu podřízenosti¹⁴. Výsledky své činnosti podnikatel realizuje smluvní formou (např. poskytováním služeb, prodejem výrobku apod.). Tímto se podnikání výrazně odlišuje od jiných výdělečných činností, zejména od pracovního poměru. Samostatná činnost může být kontrolována pouze na základě zákona¹⁵.

Jedná se ovšem pouze o samostatnost relativní, protože v řadě podnikatelských profesí je evidentní určitá smluvně podmíněná závislost na pokynech zákazníka (např. advokáti, obchodní zástupci, zprostředkovatelé atd.), technickými požadavky, právními předpisy, situací na trhu atd.

- c) Uskutečňovat činnost vlastním jménem znamená to, že podnikatel podniká pod svou obchodní firmou, jedná-li se o podnikatele zapsaného v obchodním

¹⁰ Pospíšilová, A.: Právní postavení podniku. Vysoká škola aplikovaného práva, Praha 2003, str. 15

¹¹ Kolektiv autorů: Obchodní právo. MERITUM – výkladová řada, ASPI, Praha 2005, str. 7

¹² Faldyna, F.: Příspěvek k pojmům podnikatele a podnikání, Obchodní právo 10/1999, str. 4

¹³ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 6

¹⁴ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 7

¹⁵ Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I. Polygon, Praha 2002, str. 31

rejstříku. U podnikatelů do obchodního rejstříku nezapisovaných se uskutečňování činnosti pod vlastním jménem rozumí to, že podnikatel podniká pod svým jménem a příjmením, jde-li o osobu fyzickou, nebo pod svým názvem, jde-li o osobu právnickou¹⁶. Činnost určité osoby jménem někoho jiného tedy není podnikáním.

Za podnikání proto nelze považovat výkon funkce ve statutárním nebo dozorčím orgánu obchodní společnosti (např. činnost jednatele jednajícího jménem této společnosti)¹⁷. Tyto osoby ostatně nejsou ani podnikateli, neboť je nelze zařadit do žádné skupiny uvedené v § 2 odst. 2 ObchZ.

Za podnikatele rovněž nelze považovat společníka obchodní společnosti. I přesto, že se judikatura vyjádřila pouze ke společníkovi kapitálové obchodní společnosti v tom smyslu, že takového společníka nelze jen z důvodu jeho majetkové účasti ve společnosti považovat za podnikatele¹⁸, není dle mého názoru možné ze stejného důvodu považovat za podnikatele ani společníka osobní společnosti i přesto, že se osobně účastní podnikání společnosti. Společník obchodní společnosti totiž činí úkony jménem společnosti a práva či povinnosti z takové činnosti vznikají společnosti¹⁹. Z těchto důvodů ani takovou činnost nelze považovat za podnikání. V zahraničních právních řádech je však tato otázka upravena odlišně, neboť dle francouzské i německé právní úpravy se za obchodníky považují i společníci osobních společností²⁰.

Výše uvedené ovšem neznamená, že by podnikatel nemohl zastupovat jinou osobu nebo být sám zastupován. U některých podnikatelů je dokonce hlavní činností zastupovat někoho jiného (např. advokáti, obchodní a patentoví zástupci) na základě mandátní smlouvy nebo smlouvy o obchodním

¹⁶ Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I. Polygon, Praha 2002, str. 31

¹⁷ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 196

¹⁸ Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 3 Cdon 851/96 ze dne 11.7.1996, IS ASPI: JUD 12262 CZ; Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 22 Cdo 103/2005 ze dne 31.1.2006, IS ASPI: JUD 92790 CZ

¹⁹ Štenglová, I., Pliva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 6

²⁰ op. cit. sub. 17 výše, str. 194

zastoupení. Podnikatel totiž uzavírá takovou smlouvu svým vlastním jménem²¹.

- d) Podnikání na vlastní odpovědnost znamená, že podnikatel je z dané činnosti uskutečněné vlastním jménem zavázán sám a za porušení svých závazků odpovídá celým svým majetkem (resp. celým svým obchodním majetkem, pokud se jedná o osobu právnickou). Jednání podnikatele tedy nelze přičíst jiné osobě, jak je tomu u zaměstnanců, za které nese odpovědnost jejich zaměstnavatel.
- e) Dosažení zisku je vlastním smyslem podnikání, cílem a motivem každého podnikatele. Skutečné dosažení majetkového prospěchu z podnikatelské činnosti není podmínkou, důležitý je účel, k němuž výkon činnosti směřuje a jehož obsahem je snaha po dosažení zisku²². Může jít i o činnost ztrátovou. Obchodní zákoník nestanoví, že by zisk musel mít peněžitou formu²³. Z toho by se dalo vyložit, že ziskem může být jakýkoliv prospěch materiální povahy.

1.1.2. ÚSKALÍ SOUČASNÉ DEFINICE PODNIKÁNÍ

Kromě problematické vazby současné definice podnikání na veřejné právo, (kterou blíže vymezují v kapitole 2.3. Vhodnost či nevhodnost veřejnoprávní regulace?), vzbuzuje tato definice v praktickém životě nejasnosti u některých skupin osob, a to v souvislosti, zda jsou podnikateli a zda jejich činnost lze považovat za podnikání či nikoliv.

Jak jsem uvedl výše, pojmy podnikání a podnikatel na sebe úzce navazují, zejména v tom smyslu, že dle současné právní úpravy je dle mého názoru podnikáním pouze činnost vykonávaná podnikatelem. Na druhou stranu však ne každá činnost podnikatele může být považována za podnikání²⁴.

²¹ Shodně je řešena tato problematika v německé právní úpravě (§ 84 HGB), kde obstaravatelské činnosti (např. advokacie, obchodní zastoupení) jsou považovány za činnosti obchodníků. Naopak francouzská právní úprava tuto otázku řeší rozdílně, a to tak, že nepovažuje obstaravatelské činnosti za činnosti obchodníků. Ve Francii tedy tyto osoby podléhají režimu občanského zákoníku.

²² Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 7

²³ Štenglová, I., Pliva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 7

²⁴ K tomu také srov. kapitolu 2.2. Podnikatelé podle právní formy

Podnikáním totiž může být pouze činnost, která splňuje všechny znaky uvedené v § 2 odst. 1 ObchZ.

První skupina osob souvisí s výše uvedenou problematikou provázanosti pojmů podnikání a podnikatel a vazbou těchto pojmů na veřejné právo. Jedná se o kategorii osob, které sice „podnikají“ ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ, neboť splňují všechny znaky definice podnikání, ale nelze je zařadit do žádné skupiny druhého odstavce § 2 ObchZ. Jde o činnosti vyloučené z předmětu úpravy živnostenského zákona, přičemž nejsou upraveny žádným zvláštním předpisem (např. výtvarní umělci, herci, zpěváci, spisovatelé). Tyto osoby tedy nejsou podnikateli, neboť výčet osob, které se považují za podnikatele je v druhém odstavci § 2 ObchZ taxativní. Jelikož z ustanovení § 2 odst. 1 vyplývá, že podnikání je činnost podnikatelů, o podnikání tak patrně jít nemůže. Výhodiskem je zde institut samostatně výdělečné osoby.

Další skupinou osob, jejíž charakter činnosti není jednoznačný, jsou profesionální sportovci. Jedná se o podnikatele, resp. živnostníky, nebo jde o osoby samostatně výdělečně činné, či dokonce o zaměstnance? Právní postavení této kategorie osob není jednoduché vymezit, neboť náš právní řád neobsahuje právní předpis, který by tuto otázku přímo upravoval. Živnostenský zákon ve svém negativním výčtu v § 3 provozování sportovní činnosti nejmenuje, což by mohlo vést k závěru, že při splnění znaků uvedených v § 2 ŽivZ se bude jednat o živnost. Dle mého názoru je zde potřeba rozlišovat sportovce provozující sport individuální a sport kolektivní.

Úvaha o sportovci provozujícím živnost je dle mého názoru možná pouze v případě individuálních sportů. I zde však všechny znaky živnosti stanovené v § 2 ŽivZ splní pouze malá část takovýchto sportovců. Zejména znak samostatnosti a provozování činnosti vlastním jménem není často naplněn, neboť sportovec ve většině případů na soutěžích vystupuje pod hlavičkou svého sportovního klubu, jehož je členem. Ten ho na soutěže nominuje a přihlašuje. Na mezinárodní úrovni plní takovou funkci národní svaz. Pouze někteří profesionální sportovci (např. tenisté, golfisté) se mohou vymanit ze svého klubu či svazu a v soutěžích vystupovat zcela samostatně. Kromě znaků uvedených v § 2 ŽivZ však osoba provozující živnost musí splnit rovněž podmínky stanovené v § 6 ŽivZ. Řada sportovců se však pohybuje na vrcholové úrovni před dosažením 18 let věku. Jsem tedy toho názoru, že vzhledem k tomu,

že provozování sportovní činnosti jako živnosti vyhovuje pouze malá část profesionálních sportovců a že neexistuje žádný zvláštní předpis upravující sportovní činnost jako podnikání, je nutno ve většině případů považovat provozování individuální sportovní činnosti jako nezávislé povolání vykonávané osobou samostatně výdělečně činnou.

Situace je ale odlišná u profesionálních sportovců provozujících kolektivní sporty. Tyto osoby uzavírají se sportovními kluby profesionální (resp. hráčské) smlouvy, ve kterých je velmi zřetelně obsažen prvek „závislosti“, z čehož by bylo možné dovodit pracovněprávní vztah a na tyto sportovce nahlížet jako na zaměstnance. To potvrzuje i fakt, že v občanskoprávním vztahu mají smluvní strany rovné postavení. Zde však sportovec vykonává svou činnost dle pokynů sportovního klubu a ten mu za to vyplácí sjednanou odměnu. Jde zde tedy o vztah podřízeného a nadřízeného²⁵. Sportovci rovněž nevystupují v soutěžních utkáních pod svým jménem ani na vlastní odpovědnost. Ve vyspělých zemích Evropy a rovněž v evropském unijním právu můžeme pozorovat příklon k pracovněprávnímu pojetí sportovců provozujících kolektivní sporty²⁶.

V zahraničí běžná praxe se však u nás nebere na vědomí a profesionální sportovci kolektivních sportů běžně se sportovními kluby uzavírají občanskoprávní smlouvu dle § 51 ObčZ a jsou rovněž považováni za osoby samostatně výdělečně činné²⁷.

Vztahy klubů a profesionálních sportovců v kolektivních sportech můžeme jednoznačně zařadit pod závislou činnost, tak jak ji definuje zákoník práce (zákon č. 262/2006 Sb.) v § 2 odst. 4. Pak by však v souladu s ustanovením § 3 ZP mělo jít v tomto případě o vztah pracovněprávní s využitím pracovní smlouvy a v případě jiného řešení by šlo o tzv. švarcsystém, který je u nás

²⁵ Podřízenost sportovce sportovnímu klubu bývá zpravidla dokonce ještě větší, než bývá v případě běžného pracovněprávního vztahu, neboť smlouvy, které sportovci s kluby uzavírají, jim stanoví povinnosti, které přímo nesouvisí s činností ve sportovním klubu (povinnost životosprávy, účasti na charitativních akcích, autogramiád apod.).

²⁶ Rozhodnutí ESD ze dne 15. 1. 1995. C-415/93. Union Royale de Belge des Sociétés de Football Association ASBL et al v Bosman: „Přestupová pravidla v profesionálním fotbalu jsou v rozporu s čl. 39 Smlouvy o ES, neboť vytváří překážku volnému pohybu pracovníků.“

ČTK. V Norsku nejvyšší soud rozhodl, že zranění fotbalisty je pracovní úraz [citováno 3. března 2007]. Dostupný z: http://www.sport.cz/fotbal/f_evropa/v-norsku-nejvyssi-soud-rozhodl--ze-zraneni-fotbalisty-je-pracovni-uraz_104199_il887.html

²⁷ Pro sportovní kluby je tato situace jistě výhodnější, neboť se vyhnou placení zdravotního a sociálního pojištění z objemu vyplácených mezd. Rovněž nemají řadu povinností zaměstnavatele, které stanoví zákoník práce. Sportovci naopak na základě občanskoprávní smlouvy nemají tak výhodné postavení, jaké by měli jako zaměstnanci.

zakázán (viz dále). Důvodová zpráva k zákoníku práce však uvádí: „Skutečnost, že nový zákoník práce umožňuje aplikovat v pracovněprávních vztazích vybrané právní normy občanského práva včetně ustanovení § 51 občanského zákoníku, bude umožňovat náležitě smluvně upravit právní vztahy profesionálních sportovců, ve kterých bude možné využít některé prvky závislé práce, jejíž definici podává § 2 odst. 4.“ Při současném použití zásady „co není zakázáno, je dovoleno“ formulované v § 2 odst. 1 ZP zjistíme, že smluvní volnost stran je zde velice velká a lze tedy aplikovat i § 51 ObčZ. Na druhou stranu je však nutné podotknout, že kdyby právní vztah mezi sportovcem a jeho klubem podléhal výhradně úpravě v zákoníku práce, přineslo by to mnoho problémů. Profesionální smlouva je smlouvou velice specifickou, jíž řada ustanovení zákoníku práce nevyhovuje²⁸.

Ke shora uvedené otázce se také vyjádřil Nejvyšší správní soud, který uvedl: „Přestože právnímu vztahu mezi hokejovým klubem a hráčem založenému hráčskou smlouvou (velice přísnou, pokud se týká povinností dbát příkazů plátce) by obsahově patrně nejvíce odpovídal poměr „obdobný“ poměru pracovněprávnímu ve smyslu § 6 zákona o daních z příjmů, není mezinárodními právními předpisy ani dle zákona o daních z příjmů vyloučena ani činnost profesionálního sportovce, jakožto osoby samostatně výdělečně činné provozující živnost či osoby vykonávající nezávislé povolání dle § 7 odst. 1 písm. b), odst. 2 písm. b) zákona o daních z příjmů.“²⁹

K této problematice se rovněž vyjádřil Nejvyšší soud ČR v tom smyslu, že profesionální sportovec kolektivního sportu (v daném případě fotbalista) není podnikatelem ve smyslu § 2 odst. 2 ObchZ a profesionální smlouva může být svým charakterem jak občanskoprávním vztahem, tak i vztahem pracovněprávním³⁰.

²⁸ Např. § 13 ZP, který mimo jiné stanoví zákaz ukládat zaměstnanci za porušení povinnosti peněžní postihy, zákaz dočasně přidělit zaměstnance k výkonu práce v jiné organizaci jinak, než přes institut agentury práce nebo zásadu stejné mzdy za stejnou práci apod. či § 39 ZP, který dovoluje sjednat pracovní smlouvu na dobu určitou pouze v trvání maximálně dvou let.

²⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 55/2007-76 ze dne 22.11.2007, IS ASPI: JUD 104747 CZ

³⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 23 Cdo 3568/2009 ze dne 18.3.2010, IS ASPI: JUD 165492 CZ

K úpravě této otázky by bylo zřejmě nejvhodnější přijetí zákona, který by se týkal profesionálního sportu. Takový zákon by upravoval některé aspekty odlišné od pracovněprávního vztahu a zákoník práce by měl k němu subsidiární povahu.

Další skupinou jsou osoby, které formálně vystupují jako samostatní a nezávislí podnikatelé (či jako osoby samostatně výdělečně činné), ale jsou jiné osobě zavázáni smlouvou k výkonu určité činnosti, která velice připomíná svými znaky pracovněprávní poměr. Tuto situaci nazýváme skrytou závislou činností (tzv. švarcsystémem). O švarcsystém půjde v případech, kdy právnická nebo fyzická osoba (zaměstnavatel) využívá k zajištění své činnosti osobu odlišnou od zaměstnance, přičemž tato osoba je při plnění zadávaných pracovních úkolů v obdobně závislém postavení jako zaměstnanci. Takovéto řešení je výhodné převážně pro zaměstnavatele, a to s ohledem na daňové zatížení, sociální pojištění či příliš svazující zákoník práce.

Švarcsystém byl zákonem č. 1/1991 Sb., o zaměstnanosti (§ 1 odst. 6) a následně zákonem č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti (§ 13) výslovně zakázán, a to zejména z důvodu zabezpečení práva fyzické osoby na zaměstnání v pracovněprávním vztahu a povinnosti zaměstnavatele zajišťovat běžné úkoly svými zaměstnanci³¹. Výjimky z tohoto zákazu stanovil § 13 odst. 3 ZamZ.

Zákon č. 202/2005 Sb., který novelizoval zákon o zaměstnanosti, tento zákaz upravil tak, že zaměstnavatelé nově mohli svěřit zabezpečování běžných úkolů, vyplývajících z jejich předmětu činnosti, i podnikatelskými subjekty (např. živnostníky) za použití obchodně závazkového vztahu (např. smlouvy o dílo, mandátní smlouvy atd.). To však za podmínky, že obsahem takového vztahu bylo zajišťování svěřených činností podnikatelským způsobem (tzn. při splnění znaků podnikání ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ), nikoliv zastřený výkon závislé práce (tzn. zastřený pracovněprávní vztah). Zastřeným pracovněprávním vztahem se rozumí takový vztah, kdy fyzická osoba vykonává činnosti svěřené jí fyzickou či právnickou osobou trvale, dle jejích pokynů,

³¹ § 13 odst. 1 ZamZ.: „Právnická nebo fyzická osoba je povinna plnění běžných úkolů vyplývajících z předmětu její činnosti zajišťovat svými zaměstnanci, které k tomu účelu zaměstnává v pracovněprávních vztazích podle zákoníku práce.“

§ 13 odst. 2 ZamZ.: „Běžnými úkoly vyplývajících z předmětu činnosti právnické nebo fyzické osoby se rozumí úkoly přímo související se zajištěním výroby nebo poskytováním služeb a obdobnou činností podle zvláštních právních předpisů, které právnická nebo fyzická osoba provádí v zařízeních určených pro tyto činnosti nebo na místech obvyklých pro jejich výkon, vlastním jménem a na vlastní odpovědnost.“

v jí vymezeném čase, s využitím jejich nástrojů a prostředků, bez vlastní odpovědnosti a vlastní majetkové účasti³². Z toho vyplývá, že při naplnění těchto znaků musely být svěřené úkoly plněny pouze zaměstnancem v rámci pracovněprávního vztahu, nikoliv podnikatelem. Zmíněná novela však zákaz švarcsystému výrazně omezila či podle některých autorů dokonce přímo popřela a zrušila, neboť povolovala to, proč počátkem 90. let zákaz švarcsystému vznikl³³.

Výše uvedené ustanovení zákona o zaměstnanosti bylo však zrušeno s přijetím zákona č. 264/2006 Sb., zákoník práce. Zákoník práce v § 2 odst. 4 nově definuje závislou práci³⁴ a zároveň v § 3 stanoví, že závislá práce může být vykonávána výlučně v pracovněprávním vztahu podle zákoníku práce, není-li upravena zvláštními právními předpisy³⁵. Z tohoto lze dovodit, že zákaz švarcsystému zůstal i po zrušení § 13 zákona o zaměstnanosti v našem právním řádu zachován, nově je ale upraven v předpise soukromoprávním, kde hlavním kritériem pro posouzení této otázky již není definice běžných úkolů, ale definice závislé práce. Touto definicí dává zákoník práce jednoznačný návod pro určení, co má být považováno za pracovněprávní vztah a řídit se ustanoveními zákoníku práce, a co je obcházením zákona³⁶. Práce ostatní (tj. práce, které nesplňují všechny znaky definice závislé práce) mohou být zajišťovány i jinými osobami než zaměstnanci na základě občanskoprávní či obchodněprávní smlouvy³⁷.

Je však otázkou, jak bude řešena situace, kdy smluvní strany chtějí záměrně občanskoprávní či obchodněprávní smlouvou zastřít pracovní smlouvu (popř. dohodu o pracích konaných mimo pracovní poměr). Nabízí se aplikovat § 41a odst. 2 ObčZ. Podle tohoto ustanovení, má-li být právním úkonem zastřen právní úkon jiný, platí tento jiný úkon, odpovídá-li to vůli účastníků a jsou-li

³² Bičíková, O.: Závislá činnost nebo obchodněprávní vztah, Právní zpravodaj 8/2006, str. 11

³³ Bělina, M.: Zrušení zákazu švarcsystému? Právní zpravodaj 8/2005, str. 8

³⁴ § 2 odst. 4 ZP: „Za závislou práci, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, se považuje výlučně osobní výkon práce zaměstnance pro zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele, jeho jménem, za mzdu, plat nebo odměnu za práci, v pracovní době nebo jinak stanovené nebo dohodnuté době na pracovišti zaměstnavatele, popřípadě na jiném dohodnutém místě, na náklady zaměstnavatele a na jeho odpovědnost.“

³⁵ Např. zák. č. 218/2002 Sb., o službě státních zaměstnanců ve správních úřadech a o odměňování těchto zaměstnanců a ostatních zaměstnanců ve správních úřadech (služební zákon), zákon č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů.

³⁶ Bičíková, O.: Zákon o zaměstnanosti. Přehled komentovaných novelizací od 1.10.2004 do 31.5.2007, Linde, Praha 2007, str. 25

³⁷ Smejkal, L.: Výkon závislé práce v souvislosti s dočasným přidělováním zaměstnanců, Právní rozhledy 1/2008, str. 16

splněny všechny jeho náležitosti. Neplatnosti takového právního úkonu se však nelze dovolat vůči účastníku, který jej považoval za nezastřený. Problematická se mi však jeví podmínka, aby disimilovaný úkon odpovídal vůli účastníků, neboť je zřejmé, že strany cíleně nechtějí uzavřít pracovněprávní vztah a tak by tato podmínka zůstala v tomto případě nenaplněna. Spíše je dle mého názoru potřeba vycházet z materiálního posouzení závislé činnosti, kdy není rozhodné na jakém formálním základě je tato činnost vytvářena, ale zda nese znaky závislé činnosti či nikoliv. Ostatně ze zásady, že každý právní úkon se posuzuje podle svého skutečného obsahu, ne jen podle svého názvu, vycházejí i soudy ve svých rozhodnutích³⁸. Z toho vyplývá, že pokud smluvní strany uzavřou formálně obchodněprávní vztah, který naplňuje všechny znaky závislé práce ve smyslu zákoníku práce, pak se bude jednat o pracovněprávní nikoliv obchodněprávní vztah a z tohoto důvodu o podnikání jít nemůže³⁹.

Porušení zákazu švarcsystému může být také sankcionováno veřejnoprávními předpisy (§ 140 odst. 1 písm. c) ZamZ, § 25 zák. č. 251/2005 Sb., o inspekci práce). Švarcsystém je státní správou považován za způsob daňového úniku a finanční úřady jsou oprávněny v daňovém řízení zdroj příjmů překlasifikovat a rozhodnout, že daňový poplatník se dopustil porušení zákona o daních z příjmů tím, že příjmy ze závislé činnosti zdanil jako příjmy z podnikání či osoby samostatně výdělečně činné⁴⁰. Tuto otázku výslovně upravuje zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, který v § 2 odst. 7 uvádí: „Při uplatňování daňových zákonů v daňovém řízení se bere v úvahu vždy skutečný obsah právního úkonu nebo jiné skutečnosti rozhodné pro stanovení či vybrání daně, pokud je zastřený stavem formálně právním a liší se od něho.“

Od švarcsystému se odlišuje tzv. outsourcing, kterým podnikatel přenechává činnosti, jež přímo nesouvisí s předmětem jeho podnikání, tj. nejsou pro jeho podnikání klíčové či příznačné (jsou ale pro jeho podnikání nezbytné a musí je nějak zajišťovat), jinému podnikateli, který naopak tyto činnosti provozuje jako svou hlavní náplň práce (např. vedení účetnictví, správa počítačové sítě, právní

³⁸ Srov. např. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 21 Cdo 2137/2004 ze dne 8.3.2005, IS ASPI: JUD 26682 CZ; Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 AfS 22/2003 ze dne 31.3.2004, IS ASPI: JUD 40339 CZ; Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 AfS 62/2004 ze dne 24.2.2005, IS ASPI: JUD 30665 CZ

³⁹ Bělina, M.: Zrušení zákazu švarcsystému? Právní zpravodaj 8/2005, str. 8

⁴⁰ Jak poznat Švarcsystém. Článek z 9.5.2008. Dostupný z: <http://finexpert.e15.cz/jak-poznat-svarcsystem>

služby apod.). Takový podnikatel se pak může intenzivněji zaměřit na svou hlavní činnost. Outsourcing je na rozdíl od švarcsystému v souladu s právními předpisy⁴¹.

Jako další skupinu osob lze uvést advokáty. Na první pohled tato skupina osob nevypadá problematicky, neboť advokát jistě vyhovuje definici podnikatele podle § 2 odst. 2 písm. c) ObchZ. Splňují však advokáti vždy definici podnikání podle § 2 odst. 1 ObchZ? Advokát může na základě ustanovení § 11 zák. č. 85/1996 Sb., o advokacii vykonávat advokacii v různých formách – jako advokát samostatný⁴², společně s jinými advokáty jako člen sdružení či společník obchodní společnosti (i zahraniční)⁴³ nebo dokonce v pracovním poměru jako zaměstnanec jiného advokáta či obchodní společnosti.

Definici podnikání dle § 2 odst. 1 ObchZ jistě nebude splňovat advokát, který je v pracovním poměru k jinému advokátovi či společnosti, neboť jeho činnost splňuje všechny znaky závislé činnosti, jak je vymezuje zákoník práce v § 2 odst. 4. Rovněž zákon o advokacii jednoznačně v § 15a a § 15b stanoví, že zaměstnaný advokát je povinen řídit se pokyny zaměstnavatele, advokacii vykonává jménem zaměstnavatele a na jeho účet a jeho pracovněprávní vztah (včetně odpovědnosti) se řídí zákoníkem práce, není-li zákonem o advokacii stanoveno jinak. V praxi však tento způsob výkonu advokacie není příliš častý.

Rovněž dle mého názoru nepodnikají advokáti, kteří vykonávají advokacii jako společníci veřejné obchodní společnosti, komanditní společnosti nebo společnosti s ručením omezeným tak, jak dovoluje § 15 zák. o advokacii (dále jako „společníci advokátní společnosti“). I přes určité odchylky, které stanoví zákon o advokacii (např. společníkem a prokuristou může být pouze advokát, jednatelem může být jmenován pouze společník, předmětem podnikání společnosti může být pouze výkon advokacie), jde stále o obchodní společnost

⁴¹ Viz Nález Ústavního soudu ČR sp. zn. II. ÚS 69/03 ze dne 31.8.2004, IS ASPI: JUD 33085 CZ; Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 21 Cdo 2137/2004 ze dne 8.3.2005, IS ASPI: JUD 26682 CZ;

⁴² Tato forma dle zákona o advokacii zahrnuje rovněž výkon advokacie na základě smlouvy o spolupráci podle § 51 ObčZ s jiným samostatným advokátem, sdružením advokátů či obchodní společností

⁴³ Advokáti mohou dle § 15 odst. 1 zák. o advokacii vykonávat advokacii jako společníci veřejné obchodní společnosti, komanditní společnosti nebo společnosti s ručením omezeným založené podle obchodního zákoníku, pokud předmětem podnikání takové společnosti je pouze výkon advokacie a jejími společníky jsou pouze advokáti.

založenou podle obchodního zákoníku. Advokáti, kteří jsou společníci advokátní společnosti, vykonávají advokacii jménem společnosti a na její účet. Ve věcech výkonu advokacie vystupuje advokátní společnost navenek jako účastník právních vztahů vůči klientovi či třetím osobám a advokát – společník je jejím zákonným zástupcem⁴⁴. Z těchto důvodů lze dovodit, že stejně jako v případě ostatních obchodních společností, i zde nepodniká advokát - společník, ale advokátní společnost.

Naopak podnikáním bude činnost advokáta jako člena sdružení⁴⁵. Advokáti sice vykonávají advokacii pod společným jménem a musí mít společné sídlo, ale na rozdíl od obchodní společnosti poskytuje právní služby advokát, který je členem sdružení (nikoliv sdružení). Sdružení nemá podle § 829 odst. 2 ObčZ způsobilost k právům a povinnostem a z tohoto důvodu nemůže být podnikatelem a podnikat. Sdružení je třeba považovat pouze za závazkový vztah mezi jeho jednotlivými účastníky, přičemž práva a povinnosti vznikají přímo účastníkům sdružení. Z tohoto vyplývá, že podnikají jednotliví advokáti - členové sdružení a sdružení slouží pouze k podpoře jejich činnosti.

Rovněž bude jistě podnikáním činnost advokáta, který vykonává advokacii samostatně, neboť ten je dle ustanovení § 3 zákona o advokacii vázán pouze právními předpisy a v jejich mezích příkazy klienta. Bude však situace stejná, pokud samostatný advokát uzavře s jiným samostatným advokátem, sdružením či společností tzv. smlouvu o trvalé spolupráci, jak mu umožňuje § 15e zákona o advokacii? Ze své advokátní praxe mohu říci, že z materiálního hlediska nepozoruji žádný velký rozdíl v (ne)závislosti zaměstnaného advokáta na svém zaměstnavateli a samostatného advokáta, který se „zavázal“ smlouvou o trvalé spolupráci vykonávat činnost pro jiného advokáta, sdružení či společnost (pro odlišení budu dále užívat pojem „advokátní kancelář“). Spolupracující advokát ve většině případů totiž vykonává činnost výhradně pro advokátní kancelář (tzn. že nesmí samostatně zastupovat jiné klienty než klienty advokátní kanceláře), jejím jménem, ve vztahu podřízenosti k určité osobě v této kanceláři, za stálou mzdu, v pracovní době v sídle či pobočce kanceláře. Tato situace velice

⁴⁴ Hanzalová, J.: Zákonné zastoupení advokátní s.r.o. jejím společníkem, Bulletin advokacie 1-2/2010, str. 55

⁴⁵ Má se zde na mysli sdružení podle občanského zákoníku (§ 829 a násl. ObčZ) založené písemnou smlouvou o sdružení (§ 14 odst. 1 zák. o advokacii).

připomíná výše popsanou problematiku profesionálních sportovců v kolektivních sportech i samotného švarcsystému.

Tento způsob výkonu advokacie - tzv. spolupráci s jinou advokátní kanceláří, je v současné době naprosto převažujícím zejména pro začínající advokáty, neboť není jednoduché zejména ve větších městech konkurovat velkým advokátním kancelářím. Pro advokátní kanceláře je takový způsob mnohem výhodnější než advokáta zaměstnat, neboť se tak vyhnou odvodům na sociální a zdravotní pojištění, omezujícím ustanovením zákoníku práce a zejména odpovědnosti za škodu, kterou by za zaměstnance nesly a jež si jako samostatný podnikatel nese sám spolupracující advokát⁴⁶. Právě fakt, že spolupracující advokát sám nese odpovědnost ze své činnosti, je dle mého názoru ve většině případů jediným znakem, který tento způsob výkonu advokacie odlišuje od závislé činnosti tak, jak ji definuje zákoník práce v § 2 odst. 4. Z tohoto důvodu, ač může být postavení spolupracujících advokátů z materiálního hlediska srovnatelné s postavením zaměstnance, je na tuto činnost nahlíženo jako na podnikání i přesto, že kumulativní splnění znaků podnikání (zejména samostatnost a činnost vlastním jménem) tak, jak je vyjmenovává ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ, je zde velice diskutabilní.

Dalším problematickým subjektem, z hlediska toho, zda lze jeho činnost považovat za podnikání, je Pozemkový fond ČR. Pozemkový fond ČR je zřízen zákonem č. 569/1991 Sb., o Pozemkovém fondu ČR. Tento zákon výslovně stanoví, že Pozemkový fond ČR je právnická osoba, která se zapisuje do obchodního rejstříku. Z toho vyplývá, že je i podnikatelem, a to podle § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ. Působnost Pozemkového fondu ČR je vymezena zvláštním předpisem, jímž je zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku (dále jako „zákon o půdě“). Jak poukazuje rozsudek Nejvyššího soudu ČR, činnost Pozemkového fondu ČR nemá vždy znaky podnikání⁴⁷. Hlavním účelem Pozemkového fondu ČR je správa nemovitostí, které mu byly svěřeny státem. Tyto nemovitosti jsou stále ve vlastnictví státu, Pozemkový fond ČR je však ze zákona oprávněn s nimi samostatně hospodařit (např. nemovitosti pronajmout, odstátnit převodem

⁴⁶ Ten se musí podle § 24a zák. o advokacii povinně pojistit pro případ odpovědnosti za škodu způsobenou klientovi v souvislosti s výkonem advokacie

⁴⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 33 Odo 427/2005 ze dne 31.5.2007, IS ASPI: JUD 39088 CZ

na základě restituce či privatizace) na základě smluv, které uzavírá vlastním jménem. Podnikáním Pozemkového fondu ČR jistě nebude např. uspokojování oprávněných osob v případech tzv. zemědělských restitucí. Naopak podnikat bude v případě využívání spravovaných nemovitostí za účelem získání majetkového prospěchu pro sebe⁴⁸. Jak poukazuje výše uvedený rozsudek Nejvyššího soudu ČR, jde totiž o zacházení s majetkem, s nímž Pozemkový fond ČR disponuje jako s vlastním, své výdaje přitom důsledně hradí ze svých příjmů, za své závazky sám svým majetkem ručí a tento majetek je důsledně oddělen od hospodaření státu.

Rovněž u Státního zemědělského intervenčního fondu, resp. jeho předchůdce – Státního fondu tržní regulace v zemědělství (dále jako „Fond“) dospěl Nejvyšší soud ČR k rozhodnutí, že vedle funkcí nepodnikatelských (např. vydávání seznamu produktů, u nichž uplatňuje tržní regulaci), má i funkce podnikatelské⁴⁹. V případech, kdy Fond provádí nákup, úpravu, zpracování, skladování, dopravu a prodej zemědělských a potravinářských výrobků, což je v souladu s účelem, za kterým byl Fond zřízen (tj. zabezpečování regulace trhu s některými produkty rostlinné a živočišné výroby a výrobků vzniklých jejich zpracováním), jde o podnikání.

Otázkou také může být, zda je podnikáním správa vlastního majetku, neboť se zdá, že splňuje všechny znaky podnikání uvedené v § 2 odst. 1 ObchZ. Tato problematika byla však nedávno řešena Nejvyšším soudem ČR, který ve svém rozhodnutí jednoznačně uvedl, že správa vlastního majetku není podnikáním a proto nemůže být ani předmětem podnikání obchodní společnosti⁵⁰. Jde o činnost, ke které není potřeba žádného úředního povolení a jež je vlastní každé obchodní společnosti, neboť je nezbytná k jejímu řádnému fungování. Kapitálová obchodní společnost však může být založena i za jiným než podnikatelským účelem (viz kapitola 2.2. Podnikatelé podle právní formy), a nelze proto vyloučit založení společnosti, jejímž předmětem činnosti bude právě správa vlastního majetku.

⁴⁸ Podle § 18 odst. 1 zákona o půdě pokud není znám vlastník nemovitosti, je pozemkový fond oprávněn dát nemovitost do užívání vhodným zájemcům; úplata za toto užívání je jeho příjmem do doby, než vlastník uplatní svá práva k této nemovitosti.

⁴⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 926/2002 ze dne 26.11.2003, IS ASPI: JUD 26861 CZ

⁵⁰ Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Cdo 152/2007 ze dne 21.5.2008, IS ASPI: JUD 140412 CZ

1.1.3. PODNIKÁNÍ ZAHRANIČNÍCH OSOB

Na území České republiky mohou nepochybně podnikat podle českého práva nejen české fyzické a právnické osoby, ale i osoby zahraniční. Proto je nutné vymezit, kdo se za zahraniční osobu považuje a jaký bude mít právní režim v případě, že bude podnikat na našem území.

Podle § 21 odst. 1 ObchZ mohou zahraniční osoby podnikat na území České republiky za stejných podmínek a ve stejném rozsahu jako české osoby, pokud ze zákona nevyplývá něco jiného. Pro zahraniční osoby je tímto přijata zásada národního zacházení. Jedná se tedy až na výjimky o rovnocenné subjekty obchodních vztahů. Jiný režim zahraničních osob může stanovit buď přímo obchodní zákoník (např. § 21 odst. 4, § 13a odst. 2 atd.) nebo i zvláštní zákony (např. živnostenský zákon nebo zák. č. 219/1995 Sb., devizový zákon), mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána, popř. ve výjimečných případech v zájmu zachování reciprocity Ministerstvo zahraničních věcí (§ 32 odst. 2 MPSaP).

Za zahraniční osobu se pro účely obchodního zákoníku považuje fyzická osoba s bydlištěm nebo právnická osoba se sídlem mimo území České republiky (§ 21 odst. 2 ObchZ).

Na rozdíl od sídla právnické osoby není bydliště fyzické osoby naším právním řádem ani právními řády cizími řádně definováno, obvykle se za něj však považuje místo, kde se tato osoba trvale vyskytuje a k němuž ji poutají rodinné, event. pracovní svazky⁵¹. K pojmu bydliště a trvalý pobyt se vyjádřil Nejvyšší soud ČR ve svém usnesení v tom smyslu, že tyto pojmy nejsou totožné a konkrétně uvedl: „Bydlištěm fyzické osoby se rozumí obec, resp. městský obvod, v němž tato osoba bydlí s úmyslem se zde trvale zdržovat. Bydlištěm je zejména místo, kde má fyzická osoba svůj byt, rodinu, popř. kde pracuje, jestliže tam také bydlí...Fyzická osoba může mít bydliště na více místech“⁵². Za bydliště tedy není bez dalšího považováno zapsané trvalé bydliště fyzické osoby, ale místo, kde se osoba fakticky trvale zdržuje. V případě, že fyzická osoba přebývá střídavě na více místech, je nutné zvolit jedno z nich jako

⁵¹ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání, C. H. Beck, Praha 2007, str. 93

⁵² Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 30 Cdo 444/2004 ze dne 2.6.2005, IS ASPI: JUD 34210 CZ

rozhodující⁵³. Kritériem zde bude zejména to, kde se osoba zdržuje nejčastěji, popř. kde žije její rodina, nebo ke kterému místu má nejvíce právních či skutkových vazeb.

K zákonnému vymezení pojmu bydliště pravděpodobně dojde rekodifikací soukromého práva, jak naznačuje § 80 vládního návrhu nového občanského zákoníku⁵⁴. Tato definice nic zásadního na pojetí bydliště nemění (viz Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 30 Cdo 444/2004 ze dne 2.6.2005), výslovně však neupravuje, zda může mít osoba více bydlišť. Vzhledem k tomu, že nová definice bydliště tuto možnost nevylučuje, lze dle mého názoru připustit kladnou odpověď, což je mimo jiné i souladu s výše uvedeným usnesením Nejvyššího soudu ČR.

Pro status zahraniční osoby je tedy rozhodný domicil, tj. bydliště u fyzické osoby a sídlo u osoby právnické, nikoliv státní příslušnost fyzické osoby nebo právní řád, podle kterého byla osoba právnická zřízena. To znamená, že cizí státní příslušník, který má bydliště na území České republiky, bude osobou českou a naopak státní příslušník České republiky, který má bydliště mimo území České republiky je zahraniční osobou z hlediska obchodního zákoníku. Pokud zahraniční osoba zřídí nebo má účast na právnické osobě se sídlem v České republice, jedná se o českou právnickou osobu.

Do této koncepce však zasahuje evropské unijní právo, které přihlíží zejména ke státní příslušnosti fyzických osob, což lépe odpovídá principu volného pohybu osob. Vůči státním příslušníkům členských států EU (a EHP) se přednostně použije unijní úprava před obecnými pravidly obchodního zákoníku, který zde plní roli subsidiárního předpisu⁵⁵.

Ustanovení § 21 odst. 3 ObchZ stanoví, že podnikáním zahraniční osoby na našem území se pro účely obchodního zákoníku rozumí podnikání této osoby, má-li podnik nebo jeho organizační složku umístěnou na území České republiky.

⁵³ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 104

⁵⁴ § 80 odst. 1 NOBčZ: „Člověk má bydliště v domě nebo bytě, kde se zdržuje s úmyslem žít tam s výhradou změny okolností trvale; takový úmysl může vyplývat z jeho prohlášení nebo z okolností případu. Uvádí-li člověk jako své bydliště jiné místo než své skutečné bydliště, může se každý dovolat i jeho skutečného bydliště. Proti tomu, kdo se v dobré víře dovolá uvedeného místa, nemůže člověk namítat, že má své skutečné bydliště v jiném místě.“

§ 80 odst. 2 NOBčZ: „Nemá-li člověk bydliště, považuje se za ně místo, kde žije. Nelze-li takové místo zjistit, anebo lze-li je zjistit jen s neúměrnými obtížemi, považuje se za bydliště člověka místo, kde má majetek, popřípadě místo, kde měl bydliště naposledy.“

⁵⁵ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 414

Nejde tedy o jakékoli podnikání zahraniční osoby, ale o podnikání prostřednictvím podniku nebo jeho organizační složky. Podnik nebo organizační složku podniku je v tomto případě nutno rozlišovat od právnické osoby zřízené na našem území zahraniční osobou.

Použití pojmu podnik zde není jednoznačné, neboť jak jsem uvedl výše, zahraniční osobou je pouze osoba, která má v zahraničí bydliště (fyzická osoba) nebo sídlo (právnická osoba). Otázkou totiž může být, co ze zahraniční osoby zůstane v zahraničí, jestliže na našem území bude mít podnik. V případě, že chápeme podnik ve smyslu § 5 ObchZ, jehož definice je velice široká a prakticky všeobsahující, museli bychom do takového vymezení podniku zahrnout i řídicí centrum (resp. sídlo)⁵⁶. Nejednotné jsou také názory, zda jeden podnikatel může mít více podniků (blíže viz kapitola 3.1.2. Může mít podnikatel více podniků?). Je však třeba podotknout, že oddělení podniku jako hospodářské jednotky od subjektu je vhodné a potřebné a v současném unijním právu můžeme dokonce pozorovat jeho úplnou abstrakci od subjektu. V praxi se tato problematika řeší tím, že pokud zahraniční osoba zamýšlí podnikat na území ČR, rejstříkový soud toto vždy považuje za zřízení organizační složky podniku zahraniční osoby⁵⁷.

Ve světle terminologie evropského unijního práva rozumíme podnikáním zahraniční osoby na území určitého členského státu především její usazení se na jeho území, přičemž se rozlišuje tzv. primární usazení, ke kterému dochází přemístěním bydliště fyzické osoby či sídla právnické osoby (pak se již dle obchodního zákoníku nejedná o zahraniční osobu), a sekundární usazení, což znamená vytvoření organizační složky podniku či podniku na území jiného členského státu⁵⁸.

Podle § 23 ObchZ se za podnikatele ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ dále považují i zahraniční osoby, které mají oprávnění podnikat podle zahraničního právního řádu. Pod pojmem právo podnikat v zahraničí je třeba rozumět existenci zahraničního ekvivalentu českého oprávnění k podnikání (nejčastěji listinné doklady v podobě osvědčení, doklady o zápisu do určité

⁵⁶ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004, str. 238

⁵⁷ Salačová, M.: Podnikání zahraničních osob a obchodní zákoník, IS ASPI: LIT 4661 CZ

⁵⁸ Op. cit. sub. 56 výše, str. 237

evidence)⁵⁹. Z výše uvedeného můžeme dovodit, že tyto zahraniční osoby mají zároveň postavení podnikatele podle českého obchodního zákoníku, a tím mohou na území České republiky vyvíjet podnikatelské aktivity, zejména uzavírat obchodní smlouvy s českými osobami či poskytovat služby, aniž by se musely zapisovat do obchodního rejstříku nebo měly oprávnění podle § 2 ObchZ⁶⁰. Z toho vyplývá, že právní úkony těchto osob budou mít režim úkonů podnikatelů. Jejich podnikatelské aktivity na našem území však nelze považovat za soustavné podnikání podle § 2 odst. 1 ObchZ a z tohoto hlediska je § 23 ObchZ odchylkou vůči vymezení podnikání⁶¹. Jinými slovy obchodní zákoník v § 23 přiznává těmto zahraničním osobám statut podnikatele, to však neznamena, že by jim rovněž přiznával právo podnikat na našem území ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ.

V případě, že by podnikatelské aktivity zahraničního podnikatele na našem území nabyly trvalosti a soustavnosti, bylo by nutno postupovat podle § 21 odst. 1 ObchZ a taková osoba by musela splnit pro podnikání podmínky našeho právního řádu, tedy mimo jiné i zřídit organizační složku podniku nebo podnik, pokud zvláštní zákon výslovně neumožňuje podnikání na našem území i bez zřízení podniku nebo jeho organizační složky (jako je tomu např. v zákoně č. 248/1992 Sb., o investičních společnostech a fondech)⁶².

1.2. NEOPRÁVNĚNÉ PODNIKÁNÍ

Právní úpravu neoprávněného podnikání můžeme nalézt v několika samostatných právních předpisech. Soukromoprávní následky jednání, které osoba neoprávněně podnikající uskutečnila, řeší obchodní zákoník. Veřejnoprávní důsledky neoprávněného podnikání v podobě sankcí postihující osobu, která neoprávněně podniká, stanoví jednak trestní zákoník a zákon o přestupcích, ale také živnostenský zákon či další právní předpisy.

⁵⁹ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 112

⁶⁰ Tyto podnikatelské aktivity zahraničních osob lze chápat jako podnikání zahraničních osob v širším smyslu, zatímco na podnikání zahraničních osob na našem území prostřednictvím podniku nebo jeho organizační složky lze nahlížet jako na podnikání zahraničních osob ve smyslu užším.

⁶¹ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 193

⁶² Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004, str. 238

1.2.1. SOUKROMOPRÁVNÍ NÁSLEDKY NEOPRÁVNĚNÉHO PODNIKÁNÍ

Novelou zák. č. 370/2000 Sb. bylo vloženo do obchodního zákoníku ustanovení § 3a. Toto ustanovení stanoví, že povaha nebo platnost právního úkonu není dotčena tím, že určité osobě je zakázáno podnikat nebo že nemá oprávnění k podnikání. Tím však není dotčen § 49a ObčZ.

Došlo tak k výslovnému upravení v teorii i praxi nejednotně řešené otázky, jaké právní důsledky spojuje právo, pokud je smlouva (resp. soukromoprávní úkon) uzavírána při výkonu neoprávněné podnikatelské činnosti. Jedná se zde o případ, kdy porušení kogentní normy normativního právního aktu nezpůsobuje absolutní neplatnost takového jednání.

Ustanovení § 39 ObčZ upravuje občanskoprávní institut absolutní neplatnosti v případech, kdy právní úkon svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu, popř. jej obchází nebo se přičí dobrým mravům⁶³. Tím ovšem může ohrožovat svými dopady druhou smluvní stranu či třetí osoby.

Již článek 276 všeobecného obchodního zákoníku z roku 1863 stanovil, že vlastnost nebo platnost obchodního jednání není vyloučena tím, že některé osobě pro její úřad, stav, z důvodů živnostenskopolicijních či jiných podobných jest zakázáno provozovati obchod nebo uzavírat obchody⁶⁴.

V době právního stavu před vložení ustanovení § 3a do obchodního zákoníku (tj. před nabytím účinnosti zák. č. 370/2000 Sb. dnem 1. 1. 2001) ani Nejvyšší soud ČR neřešil tuto otázku jednoznačně.

Ve svém rozhodnutí sp. zn. 2 Odon 117/97 ze dne 25. března 1998, ve kterém se zabýval otázkou platnosti smlouvy, kterou uzavřela osoba podnikající bez příslušného živnostenského oprávnění, zaujal stanovisko hodnotící kupní smlouvu, u které jedna strana nemá oprávnění k podnikatelské činnosti jako absolutně neplatnou pro rozpor s ustanovením § 39 ObčZ, neboť svým obsahem a účelem obchází zákon, v daném případě živnostenský zákon⁶⁵.

⁶³ Podle soudní praxe je právní úkon neplatný i tehdy, je-li v rozporu s jinými obecně závaznými právními předpisy vydanými na základě zákonného zmocnění a uveřejněnými předepsaným způsobem ve Sbírce zákonů (např. s vyhláškou ministerstev či jiných ústředních orgánů), a také pokud je v rozporu s rozhodnutím vydaným příslušným státním orgánem (např. Ministerstvem financí ČR) na základě zákonného zmocnění.

⁶⁴ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004, str. 59

⁶⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 2 Odon 117/97 ze dne 25. 3. 1998, IS ASPI: JUD 10590CZ

Naproti tomu v rozsudku sp. zn. 32 Odo 314/2003 ze dne 27. 5. 2004 rozhodl Nejvyšší soud ČR v dané problematice opačně. Vyslovil zde názor, že ustanovení § 39 ObčZ nelze považovat za sankci na každý rozpor nebo nesoulad právního úkonu se zákonem, zákonným zákazem nebo příkazem, a to zejména v případech, kdy zvláštní předpis nemá výslovné ustanovení o následku rozporu daného úkonu se zákonem, tedy není-li výslovně stanovena sankce neplatnosti. Je zde nutno posoudit intenzitu rozporu se zákonem, přiměřenost sankce a také veřejný zájem zejména v tom smyslu, k čí ochraně je určeno předmětné zákonné ustanovení. V případě, kdy zákonný zákaz směřuje pouze vůči jedné ze stran smlouvy, je třeba považovat smlouvu za neplatnou pouze výjimečně, pokud by to bylo neslučitelné se smyslem a účelem daného zákonného zákazu. Nejvyšší soud ČR vše uzavřel tím, že uzavřením smlouvy bez příslušného podnikatelského oprávnění došlo k porušení živnostenského zákona, tj. veřejnoprávního předpisu a podle tohoto předpisu byla také uložena sankce ve formě pokuty. Toto porušení však samo o sobě nemůže způsobit bez dalšího neplatnost smlouvy uzavřené podle soukromoprávního předpisu⁶⁶

Také podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 28 Cdo 1632/2001 ze dne 18. 11. 2001 nastupují důsledky absolutní neplatnosti pouze v případech výjimečných, při jednoznačném porušení ustanovení zákona nebo jeho obcházení (případně rozporu s dobrými mravy), tedy ve všech případech, kdy ze společensko-ekonomických důvodů je zákonodárce nucen bezpodmínečně odepřít platnost a účinnost takovým úkonům. Imanentní takovému závěru je zpravidla rovněž zájem na ochraně strany, která by byla důsledky absolutně neplatného právního úkonu dotčena. Poskytuje-li právní řád v ustanoveních jiných předpisů možnost preventivního zákroku zabraňujícímu absolutní neplatnosti právního úkonu, nevystupuje požadavek na vyslovení absolutní neplatnosti do popředí s takovou naléhavostí⁶⁷.

Rovněž podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 21 Cdo 826/2005 ze dne 18. 4. 2006 nemůže mít při respektování zásady „pacta sunt servanda“, jakožto součásti právní jistoty a ochrany důvěry účastníků právních vztahů, podvodné jednání jednoho z účastníků smlouvy bez dalšího za následek neplatnost smlouvy,

⁶⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 32 Odo 314/2003 ze dne 27. 5. 2004, IS ASPI: JUD 38262CZ

⁶⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 28 Cdo 1632/2001 ze dne 18. 10. 2001, IS ASPI: JUD 68023CZ

a to ani pro nedostatek vážné vůle (§ 37 odst. 1 ObčZ), ani z důvodu rozporu se zákonem (§ 39 ObčZ). Opačný názor by ve svých důsledcích znamenal, že druhý účastník by neměl právo na sjednané plnění, i kdyby smlouvu uzavřel vážně a i kdyby ji sám splnil (popř. byl připraven splnit). Právem tedy musí být chráněn druhý účastník. Jen na něm může záviset, zda se dovolá omylu, který u něj podvodně jednající účastník při uzavření smlouvy vyvolal nebo jehož podvodně jednající účastník při uzavření smlouvy využil, a zda tím uplatní relativní neplatnost smlouvy ve smyslu ustanovení § 49a a § 40a ObčZ⁶⁸.

Z výše uvedených rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, ale rovněž i z jiných soudních rozhodnutí⁶⁹ a odborných článků⁷⁰ lze učinit závěr, že ustanovení § 39 ObčZ nelze vztáhnout na každý rozpor se zákonem, ale pouze na rozpor kvalifikovaný. Sankci neplatnosti právního úkonu je potřeba vnímat pouze jako mezní řešení, pokud si to žádá účel porušeného předpisu, s ohledem na ochranu veřejného pořádku nebo druhé smluvní strany před újmou, a proto je nutno § 39 ObčZ vykládat restriktivně. Při výkladu tohoto ustanovení se tedy nelze omezit pouze na jeho gramatický výklad, neboť významnou roli zde hraje rovněž teleologická výkladová metoda. S takovouto koncepcí neplatnosti právních úkonů ostatně počítá i nový vládní návrh občanského zákoníku (srov. § 521 a násl. NObčZ).

1.2.1.1. PŘÍPADY NEOPRÁVNĚNÉHO PODNIKÁNÍ

První případ se vztahuje na činnost splňující znaky podnikání § 2 odst. 1 ObchZ bez oprávnění podle živnostenského nebo jiného zákona. Tímto rozumíme činnost osob, které sice nemají podnikání zakázáno právním předpisem, ani individuálním právním aktem, ale nezískaly příslušné povolení nebo nesplnily

⁶⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 21 Cdo 826/2005 ze dne 18. 4. 2006, IS ASPI: JUD 33803CZ

⁶⁹ Srov. např. Nález Ústavního soudu ČR sp. zn. II. ÚS 87/04 ze dne 6.4.2005, IS ASPI: JUD 33370 CZ; Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 28 Cdo 1364/2001 ze dne 15.8.2001, IS ASPI: JUD 67976 CZ; Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 28 Cdo 718/2003 ze dne 25.6.2003, IS ASPI: JUD 11313 CZ; Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 28 Cdo 440/2004 ze dne 23.12.2004, IS ASPI: JUD 87880 CZ; Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 28 Cdo 1067/2004 ze dne 22.12.2005, IS ASPI: JUD 93823 CZ;

⁷⁰ Srov. např. Telec, I.: Není rozpor se zákonem jako rozpor se zákonem, Právní rozhledy 5/2004, str. 161 a násl.; Čech, P.: Ještě k neplatnosti pro rozpor se zákonem, Právní fórum 3/2009, str. 95 a násl.

předpoklady pro provozování podnikatelské činnosti, jsou-li pro určitý druh činnosti zákonem stanoveny.

Druhým případem je činnost osoby splňující znaky podnikání, ačkoliv bylo takové osobě toto zakázáno. K zákazu podnikat může dojít soudním rozhodnutím o zákazu činnosti nebo rozhodnutím živnostenského úřadu či jiného správního orgánu o zrušení oprávnění, popř. o pozastavení podnikání. Tedy v trestním i správním řízení. Nelze však uložit trest zákazu činnosti obecně jako zákaz provozování jakékoliv podnikatelské činnosti, ke které je třeba zvláštního povolení⁷¹. K zákazu může také dojít přímo právním předpisem pro určitý okruh osob.

Třetím případem je činnost, která splňuje znaky podnikání, avšak je prováděna nad rámec oprávněného podnikání. Tato situace může nastat v různých odvětvích, kde je živnostenské či jiné veřejnoprávní oprávnění specifikováno pro určitou oblast společenských vztahů a podle představ podnikatele toto oprávnění kryje výkon této činnosti i oblasti odlišné. Neoprávněným podnikáním však nebude situace, kdy podnikatel podniká v jiném oboru ohlašovací živnosti volné, než který (popř. které) uvedl ve svém ohlášení, na jejímž základě získal živnostenské oprávnění (více viz kapitola 1.2.2.3 Neoprávněné podnikání jako správní delikt).

1.2.1.2. VÝZNAM USTANOVENÍ § 3a V OBCHODNÍM ZÁKONÍKU

Vložení ustanovení § 3a ObchZ má velký význam, neboť jak uvádím výše, ze samotného ustanovení § 2 ObchZ lze dovodit, že podniká pouze osoba mající veřejnoprávní oprávnění k uskutečňované činnosti a z toho důvodu nelze neoprávněné podnikání podřadit pojmu podnikání podle § 2 ObchZ. Ve spojení s § 261 ObchZ by bylo možno dojít k závěru, že právní úkony uskutečněné osobou neoprávněně podnikající vůbec nepodléhají režimu obchodního zákoníku. Existence § 3a ObchZ tedy v praxi znamená, že např. kupní smlouva uzavřená takovou osobou bude platnou obchodní kupní smlouvou a bude se řídit obchodním zákoníkem. Právní úpravou do 31. 12. 2000 tato problematika

⁷¹ Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. Tzn 28/95 ze dne 22.11.1995, IS ASPI: JUD 5959 CZ, Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 1 Tzn 10/96 ze dne 23.7.1996, IS ASPI: JUD 7755 CZ, Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp. zn. 11 To 222/93 ze dne 26. 4. 1994, IS ASPI: JUD 5151CZ.

nebyla jednoznačně zákonodárně upravena a byla pouze vykládána soudy (viz výše).

Podobnou myšlenku jako § 3a odst. 1 ObchZ vyjadřuje také § 27 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, podle něhož mají povinnosti prodávajících, výrobců, dovozců a dodavatelů i osoby, které provozují činnost bez příslušného oprávnění⁷².

Ustanovení § 3a ObchZ má tedy za úkol pokrýt dva druhy situací. Jedná se o nebezpečí neplatnosti úkonů, které uzavírá osoba neoprávněně podnikající a také o právní režim takového jednání, pokud bylo uznáno za platné. Toto ustanovení tedy nemluví pouze o platnosti právního jednání, ale také o jeho povaze, a to shodně s všeobecným obchodním zákoníkem z roku 1863 (viz výše). Jde o skutečnost, zda daný právní úkon podléhá právní úpravě obchodního nebo občanského zákoníku, popřípadě jiného právního předpisu.

Ustanovení § 3a ObchZ nerozlišuje neoprávněné podnikání fyzických a právnických osob. Pro vyloučení pochybností, kdo je zavázán v případě neoprávněně podnikajících právnických osob, na toto ustanovení navazuje § 13 odst. 4 ObchZ. Zde je stanoveno, že pokud uskuteční právní úkon překračující rozsah předmětu podnikání právnické osoby její statutární orgán nebo likvidátor, je právním úkonem vázána tato právnická osoba (nejde-li o jednání, které překračuje působnost, kterou tomuto orgánu svěřuje nebo dovoluje svěřit zákon).

Ustanovení § 3a odst. 1 ObchZ dopadá nejen na právní úkony zakládající obchodní závazkové vztahy podle § 261 nebo § 262 ObchZ, ale na jakékoli právní úkony, tedy i ty, které se zcela řídí občanským zákoníkem⁷³. Aplikace § 3a ObchZ je pouze podmíněna tím, že právní úkon uskutečňuje osoba neoprávněně podnikající. Jedná se zde o rozšíření působnosti obchodního zákoníku i na vztahy, jejichž účastníkem jsou tyto osoby.

⁷² Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004, str. 61

⁷³ Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I. Polygon, Praha 2002, str. 52

1.2.1.3. NEPLATNOST PRÁVNÍHO ÚKONU UČINĚNÉHO PŘI NEOPRÁVNĚNÉM PODNIKÁNÍ

Z prvního odstavce § 3a ObchZ vyplývá, že právní jednání, ke kterému dochází při neoprávněném podnikání, je platné. Neplatnost nemůže namítat osoba neoprávněně podnikající ani druhá strana právního vztahu. Věta za středníkem však připouští, že právní úkon může být neplatný z důvodu tzv. podstatného omylu (§ 49a ObčZ). Podstatný je takový omyl, bez kterého by druhá strana daný právní úkon neučinila a osoba, které byl právní úkon určen, tento omyl vyvolala (např. uvedením nepravdivé skutečnosti, která byla rozhodující pro jednání druhé strany) nebo o něm věděla či alespoň vědět musela, a vzdor tomu druhou stranu na omyl neupozornila⁷⁴. Právní úkon je rovněž neplatný, jestliže omyl byl touto osobou vyvolán úmyslně (lstivě) a to bez ohledu, zda jde o podstatný omyl či nikoliv.

Úspěch určité osoby dovolat se v konkrétním případě neplatnosti právního úkonu z důvodu podstatného omylu je soudní praxi podmíněn tím, že daná osoba využije možnost se omylu tohoto druhu vyhnout, resp. využije možnost sama si ověřit rozhodné skutečnosti pro učinění právního úkonu⁷⁵. V případě, že osoba nemohla při vyvinutí obvyklé pozornosti, kterou lze na ni požadovat, poznat skutečný stav věci, šlo by o tzv. omluvitelný omyl⁷⁶.

Neplatnost z důvodu podstatného omylu je neplatností relativní ve smyslu § 40a ObčZ a může se jí dovolávat pouze strana takovým omylem dotčená⁷⁷. Dovolání se neplatnosti právního úkonu jednající osobou je přitom spojeno s účinky *ex tunc*, což znamená, že účinky právního úkonu nenastanou, a ty, které již právní úkon vyvolal, pominou⁷⁸. Pokud se tak nestane, právní úkon se považuje za platný. Smyslem této právní úpravy je chránit osoby jednající v dobré víře před jednáním neoprávněně podnikajících osob. Pokud by totiž

⁷⁴ Švestka J., Spáčil J., Škárová M., Hulmák M. a kol.: Občanský zákoník I §1 – 459, Komentář, 1. vydání, C.H.Beck, Praha 2008, str. 402

⁷⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 30 Cdo 1251/2002 ze dne 19.12.2002, IS ASPI: JUD 27406 CZ

⁷⁶ Švestka J., Spáčil J., Škárová M., Hulmák M. a kol.: Občanský zákoník I §1 – 459, Komentář, 1. vydání, C.H.Beck, Praha 2008, str. 402

⁷⁷ Štenglová, I., Pliva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 10. vydání, C. H. Beck, Praha 2005, str. 14

⁷⁸ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 25

byla smlouva neplatná pouze z důvodu, že uzavírající strana nemá podnikatelské oprávnění, bylo by to především na újmu strany jednající v omylu, neboť by osoba neoprávněně podnikající nebyla povinna vůbec závazek plnit a pokud by plnila, tak by neodpovídala za případné vady nebo prodlení. Poškozené straně by zbylo pouze právo na náhradu škody nebo vydání bezdůvodného obohacení.

Cílem zákonodárce je především umožnit větou za středníkem, aby se osoba, se kterou neoprávněně podnikající vstoupil do právního vztahu, mohla dovolat relativní neplatnosti právního aktu, kterou omyl způsobuje. Dochází tak k posílení postavení této osoby, neboť má možnost rozhodnutí, zda se dovolá relativní neplatnosti právního úkonu určenému osobě neoprávněně podnikající, nebyla-li seznámena se skutečným stavem věcí. Za relevantní omyl lze v tomto případě mít právě okolnost mylné představy jednající osoby o tom, že činí právní úkon s osobou mající příslušná podnikatelská oprávnění⁷⁹. Neučiní-li tak, právní úkon je považován za platný a zavazuje obě strany.

1.2.1.4. ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU NEOPRÁVNĚNÝM PODNIKÁNÍM

V druhém odstavci § 3a ObchZ je stanovena odpovědnost za škodu způsobenou osobou neoprávněně podnikající. Toto ustanovení zakládá povinnost takové osoby k náhradě škody podle obchodního zákoníku a doplňuje tak obecnou úpravu tohoto institutu. Ustanovení § 3a odst. 2 stanoví, že osoba, která uskutečňuje činnost, k níž se podle zvláštních právních předpisů vyžaduje ohlášení nebo povolení, bez takového ohlášení nebo povolení, a osoby, které takovou činnost uskutečňují jménem jiné osoby anebo na její účet, odpovídají za škodu tím způsobenou.

Ustanovení § 3a odst. 2 ObchZ je jednou ze zvláštních úprav odpovědnosti za škodu v obchodním zákoníku. Pro rozsah a způsob odpovědnosti za škodu bude v tomto případě aplikovatelná úprava podle § 373 a násl. ObchZ, neboť na tyto ustanovení odkazuje § 757 ObchZ týkající se odpovědnosti za škodu způsobenou porušením povinností stanovených obchodním

⁷⁹ Švarc, Z. a kol.: Základy obchodního práva, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2005, str. 65

zákoníkem. Vedle odpovědnosti vyplývající z ustanovení § 3a odst. 2 ObchZ se na osoby podnikající neoprávněně vztahuje i odpovědnost podle zvláštních právních předpisů. Zvláštními právními předpisy se zde míní předpisy veřejnoprávní⁸⁰.

Odpovědnost za škodu podle tohoto ustanovení vzniká bez ohledu na to, zda je právní úkon platný nebo se poškozená strana dovolá neplatnosti podle § 49a ObčZ.

Nepříliš jednoznačný se může zdát výklad pojmů „ohlášení“ a „povolení“, jak poukazuje J. Dědič⁸¹. Při doslovném výkladu těchto pojmů by totiž toto ustanovení nebylo možno aplikovat u činností na základě registrace, licence nebo zápisu do stanovené evidence. Pod pojem ohlášení je tedy potřeba zahrnout všechny případy, kdy určitou činnost lze vykonávat při splnění zákonem stanovených předpokladů a příslušnému orgánu je třeba pouze tuto skutečnost oznámit nebo požádat o zápis do příslušné evidence. O povolení jde tehdy, pokud oprávnění k vykonávání činnosti je vázáno na rozhodnutí příslušného správního orgánu. Nestačí tedy pouze splnění zákonem stanovených předpokladů a na povolení není právní nárok.

J. Dědič shrnuje uskutečňování činnosti bez ohlášení nebo povolení (pokud je vyžadováno) jako uskutečňování nedovolené činnosti. O nedovolenou činnost jde i v případech, kdy činnost byla řádně ohlášena nebo povolena, ale následně oprávnění zaniklo nebo bylo zakázáno ve smyslu § 3a odst. 1 ObchZ.

Jednoznačně nevyjasněná je otázka, zda lze odpovědnost za škodu podle § 3a odst. 2 ObchZ chápat jako absolutní objektivní odpovědnost bez možnosti liberace či nikoliv. Uvedené ustanovení výslovně neformuluje žádný liberační důvod, avšak zákonodárce rovněž nepoužil formulaci, že odpovědnosti „se nelze zprostit“, která bývá běžně používaná pro ustanovení o absolutní odpovědnosti, což by mohlo svědčit o možnosti liberace při aplikaci § 374 ObchZ stanovící okolnosti vylučující odpovědnost⁸². Jak jsem uvedl výše, pro rozsah a způsob odpovědnosti za škodu podle ustanovení § 3a odst. 2 ObchZ bude aplikovatelná úprava § 373 a násl. ObchZ, z čehož by bylo možné dojít k závěru o možnosti liberačních důvodů. Většina autorů odborné literatury se však

⁸⁰ Kolektiv autorů: Obchodní právo. MERITUM – výkladová řada, ASPI, Praha 2005, str. 10

⁸¹ Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 54

⁸² Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 63

přiklání k závěru, že tuto odpovědnost za škodu je nutné považovat za bezvýjimečnou, a to zejména z důvodu, že ustanovení § 3 odst. 2 ObchZ je zvláštní právní úpravou odpovědnosti za škodu podle obchodního zákoníku, přičemž žádný liberační důvod zde nedefinován není⁸³. V zájmu právní jistoty by však bylo vhodné tuto otázku jednoznačně vyjasnit a v případě, že je tato odpovědnost považována za absolutní objektivní odpovědnost bez možnosti liberace, použít shora uvedenou formulaci, která stanoví, že odpovědnosti se nelze zprostit.

Dojde-li v důsledku neoprávněného podnikání ke škodě, vzniká odpovědnost tomu, kdo uskutečňuje podnikatelskou činnost bez příslušného oprávnění. Jde o osobu, která tak činí svým jménem a na vlastní účet. Může se jednat o osobu fyzickou i právnickou.

Pokud je neoprávněné podnikání uskutečňováno osobou, která jedná jménem osoby jiné, odpovídá za způsobenou škodu také tato osoba, a to solidárně s osobou, jejímž jménem takové neoprávněné podnikání uskutečňuje⁸⁴. Solidární odpovědnost upravuje ustanovení § 383 ObchZ, které stanoví, že osoby, které odpovídají za škodu, jsou povinny ji nahradit společně a nerozdílně a mezi sebou se vypořádají podle rozsahu své odpovědnosti.

Totéž platí u osoby, která sice jedná vlastním jménem, ale na účet osoby jiné. Odpovědnost za způsobenou škodu vznikne dokonce i osobě, která sama podnikatelské oprávnění má, pokud jedná jménem nebo na účet osoby neoprávněně podnikající. Jde tedy o všechny osoby, které byly neoprávněně podnikajícím použity k podnikání. Těmito osobami mohou být nejenom podnikatelé, kteří obstarávají určité činnosti pro jiné podnikatele, ale také zaměstnanci podnikatele. To ovšem znamená, že tu obchodní zákoník upravuje odpovědnost v pracovním poměru, a tím se dotýká zákoníku práce. Ustanovení § 4 ObchZ takové interpretaci dává dobrý základ⁸⁵.

Jako příklad osob, které jednají jménem nebo na účet podnikatele, mohu uvést zástupce na základě plné moci, prokuristu, osobu, která jedná jako statutární

⁸³ Srov. např. Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 12; Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 17; Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 54

⁸⁴ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 12

⁸⁵ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 63

orgán nebo jako člen statutárního orgánu, zmocněnce při provozu podniku podle § 15 ObchZ nebo osobu v provozovně podnikatele podle § 16 ObchZ.

Předpokladem vzniku odpovědnosti je však také to, že činnost této další osoby uskutečňovaná pro jiného splňuje znaky podnikání ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 ObchZ. Jinak by se vůbec nejednalo o neoprávněné podnikání a tato činnost by nepodléhala režimu ohlášení nebo povolení⁸⁶.

1.2.2. VEŘEJNOPRÁVNÍ DŮSLEDKY NEOPRÁVNĚNÉHO PODNIKÁNÍ

Kdo vykonává činnost splňující znaky podnikání vymezené v § 2 odst. 1 ObchZ bez živnostenského nebo jiného veřejnoprávního oprávnění, jedná v rozporu s veřejným právem a může být potrestán za správní delikt, přestupek nebo trestný čin neoprávněného podnikání veřejnoprávní sankcí, avšak není tím zbaven schopnosti uzavírat smlouvy. Ustanovení § 3a ObchZ sleduje ochranu osob, s kterými je jednáno tímto neoprávněně podnikajícím. Proto je takovýto osobám ponechána možnost namítnout neplatnost smlouvy pro omyl podle § 49a ObčZ.

Neoprávněné podnikání je sankcionováno veřejnoprávními předpisy, a proto postih za takové jednání nemůže být předmětem úpravy obchodního zákoníku, popřípadě jiných soukromoprávních předpisů⁸⁷.

1.2.2.1. NEOPRÁVNĚNÉ PODNIKÁNÍ JAKO TRESTNÝ ČIN

Fyzická osoba může být postižena podle trestního zákoníku, pokud její jednání naplní obecnou skutkovou podstatu trestného činu neoprávněného podnikání (§ 251 TZ) nebo zvláštní skutkovou podstatu neoprávněného provozování loterie a podobné sázkové hry (§ 252 TZ).

Ve skutkové podstatě trestného činu neoprávněného podnikání je pojem podnikání vymezen jako poskytování služeb nebo provozování výrobního či jiného výdělečného podnikání. Neoprávněným podnikáním se zde rozumí úmyslné provozování činnosti bez příslušného oprávnění. Subjektem tohoto trestného činu je i osoba, která úmyslně překračuje vymezený rámec svého

⁸⁶ op. cit. sub. 85 výše, str. 63

⁸⁷ Kolektiv autorů: Obchodní právo. MERITUM – výkladová řada, ASPI, Praha 2005, str. 10

oprávnění. Pokud činnost není žádným způsobem právně regulována, pak ji nelze podřadit pod neoprávněné podnikání ve smyslu tohoto ustanovení.

Právnícká osoba nemůže být postižena pro tento trestný čin, pokud překročí hranice oprávněného podnikání. V těchto případech nauka trestního práva i právní praxe dovozuje trestní odpovědnost fyzických osob, které jednaly při výkonu neoprávněného podnikání jménem právnické osoby, v jejímž jednání lze naplnění znaků skutkových podstat dle § 251 a § 252 TZ shledat (typicky statutární orgány či jejich členi, popř. zákonní nebo smluvní zástupci právnické osoby)⁸⁸.

Trestní odpovědnost je omezena na neoprávněné podnikání většího rozsahu. Větším rozsahem se zde myslí soustavná činnost srovnatelná s výkonem zaměstnání a sloužící k získání trvalého zdroje peněžních příjmů⁸⁹. Podle judikatury soudů jde o činnost, která zpravidla trvá alespoň 6 měsíců (č. 5/1996 Sb. rozh. tr.) a je provozována takřka po „živnostensku“ (č. 34/1972 Sb. rozh. tr.). Může se však jednat i o jednu rozsáhlou akci (č. 6/1976 Sb. rozh. tr.). V úvahu se také bere hodnota materiálu, vykonané práce a dosaženého majetkového prospěchu (č. 1/1990 Sb. rozh. tr.).

Do nabytí účinnosti nového trestního zákoníku (zák. č. 40/2009 Sb.) bylo možno posuzovat poskytování služeb nebo provozování jiné činnosti ve větším rozsahu po zrušení živnostenského oprávnění příslušným správním orgánem jako trestný čin neoprávněného podnikání (§ 118 zák. č. 140/1961 Sb., trestní zákon), ale současně však nešlo tuto situaci posoudit jako trestný čin maření úředního rozhodnutí podle § 171 odst. 1 písm. c) zák. č. 140/1961 Sb., neboť se nejedná o činnost, která byla rozhodnutím soudu nebo jiného státního orgánu zakázána⁹⁰. Z toho vyplývá, že odnětím živnostenského či jiného veřejnoprávního oprávnění není vysloven zákaz činnosti.

Nový trestní zákoník však rozsah trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání rozšířil a od 1.1.2009 nová formulace objektivní stránky ustanovení § 337 odst. 1 písm. a) TZ umožňuje postihnout nejen pachatele, který maří výkon rozhodnutí soudu nebo jiného orgánu veřejné

⁸⁸ Horáček, T.: Vztah mezi obchodním zákoníkem a živnostenským zákonem po novele obchodního zákoníku, Právo a podnikání 1/2002, str. 23

⁸⁹ Jelinek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 1. vydání., Legis, Praha 2009, str. 647

⁹⁰ Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích sp. zn. 3 To 365/98 ze dne 18. 5. 1998, uveřejněno pod poř. č. R 7/2000, IS ISPI: JUD 14208 CZ

moci tím, že vykonává činnost, která mu byla zakázána, ale i toho, kdo poté co mu bylo odňato příslušné oprávnění vydávané podle zvláštního právního předpisu, podmiňující možnost k výkonu určité činnosti, tuto činnost vykonává⁹¹. Z tohoto lze dovodit, že nově by bylo možné postihnout osobu, která po odnětí živnostenského oprávnění nadále provozuje činnost, jež splňuje znaky podnikání, i trestným činem maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání.

1.2.2.2. NEOPRÁVNĚNÉ PODNIKÁNÍ JAKO PŘESTUPEK

Posouzení neoprávněného podnikání jako přestupku přichází v úvahu, pokud činnost nenaplní příslušné znaky skutkové podstaty trestného činu podle § 251 nebo § 252 TZ, popřípadě nedosáhne potřebného stupně společenské škodlivosti.

Přestupku na úseku podnikání se podle § 24 odst. 1 písm. b) PřestZ dopustí ten, kdo neoprávněně provozuje obchodní, výrobní či jinou výdělečnou činnost⁹².

Pachatelem přestupku může být opět pouze osoba fyzická, která není podnikatelem. Dopustí-li se přestupku osoba právnická, lze dovodit odpovědnost za přestupek pouze u fyzických osob, jednajících jménem právnické osoby, a to za podmínek § 6 PřestZ⁹³.

Přestupky na úseku živnostenského podnikání jsou po novele zák. č. 130/2008 Sb. upraveny speciálně ve vztahu k přestupkovému zákonu v živnostenském zákoně. Podle § 61 odst. 3 ŽivZ se fyzická osoba dopustí přestupku tím, že provozuje činnost, která je živností volnou nebo předmětem živnosti řemeslné, vázané či koncesované, aniž by měla pro tuto živnost živnostenského oprávnění⁹⁴.

⁹¹ § 337 odst. 1, písm. a) TZ: „Kdo maří nebo podstatně ztěžuje výkon rozhodnutí soudu nebo jiného orgánu veřejné moci tím, že vykonává činnost, která mu byla takovým rozhodnutím zakázána nebo pro kterou mu bylo odňato příslušné oprávnění podle jiného právního předpisu, bude potrestán odnětím svobody až na tři léta.“

⁹² Výše pokut za přestupky obsažené v § 61 ŽZ je odstupňována v závislosti na tom, zda se jedná o neoprávněné provozování ohlašovací volné, ohlašovací řemeslné či vázané nebo koncesované živnosti. Sankce je zde stanovena fakultativně, z čehož vyplývá, že se zde zjišťuje zavinění a při zjištění neoprávněného podnikání nemusí být vždy pokuta uložena. Horní hranice pokuty je stanovena v zákoně, výše konkrétní pokuty je však věcí správního uvážení živnostenského úřadu.

⁹³ Švarc, Z. a kol.: Základy obchodního práva, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2005, str. 64

⁹⁴ Podle § 71 odst. 2 ŽivZ se místní příslušnost pro projednávání přestupku řídí přestupkovým zákonem, tj. místem, kde byl přestupek spáchán (§ 55 odst. 1 PřestZ).

1.2.2.3. NEOPRÁVNĚNÉ PODNIKÁNÍ JAKO SPRÁVNÍ DELIKT

Živnostenský zákon v ustanovení § 62 a násl. upravuje skutkové podstaty správních deliktů právnických osob a podnikajících fyzických osob. Novelou zákona č. 130/2008 Sb. živnostenský zákon opustil od rozlišení správních deliktů na neoprávněné podnikání a porušení dalších povinností a na správní delikty fyzických a právnických osob. Nově je živnostenským zákonem provozování živnosti bez živnostenského oprávnění považováno u fyzických osob za přestupek a u právnických osob za správní delikt, a to ve smyslu zásad správního trestání⁹⁵.

Z ustanovení § 63 odst. 1 písm. a) ŽivZ lze vyvodit, že se o správní delikt neoprávněného podnikání nejedná, pokud podnikatel podniká v jiném oboru ohlašovací živnosti volné, než který (popř. které) uvedl ve svém ohlášení, na jejímž základě získal živnostenské oprávnění. Neoprávněným podnikáním je podle živnostenského zákona pouze provozování živnosti bez živnostenského oprávnění, není zde tudíž rozhodující překročení ohlášeného výčtu realizovaných činností v rámci jednotlivých oborů ohlašovací živnosti volné. Podle § 45 odst. 4 ŽivZ je sice podnikatel povinen při ohlášení živnosti volné uvést obory činností, které bude v rámci svého podnikání vykonávat a podle § 49 odst. 1 ŽivZ je rovněž povinen oznamovat živnostenskému úřadu všechny změny a doplnění údajů stanovených pro ohlášení živnosti, ale nesplnění těchto povinností není živnostenským zákonem sankcionováno (§ 62 odst. 1 písm. v) ŽivZ)⁹⁶.

Na závěr je nutno zdůraznit, že dosah úpravy správních deliktů právnických osob a podnikajících fyzických osob (stejně jako přestupků u fyzických osob) v živnostenském zákoně je omezen pouze na činnosti, které jsou předmětem živností. Tím je dán základní rozdíl od neoprávněného podnikání podle trestního a přestupkového zákona, neboť ty dopadají na jakoukoliv výdělečnou činnost, ke které je potřeba veřejnoprávní oprávnění.

⁹⁵ Místní příslušnost živnostenského úřadu pro projednávání správního deliktu se na rozdíl od přestupků osob fyzických podpůrně určuje dle správního řádu (§ 11 odst. 1 písm. a) správního řádu), tj. podle místa činnosti související s vlastní realizací neoprávněně prováděné činnosti.

⁹⁶ Staša, J.: Nad další „velkou“ novelou živnostenského zákona může převládat mírný optimismus, Právní zpravodaj 8/2008, str. 3

Z tohoto důvodu také řada zvláštních právních předpisů regulující výkon podnikatelských aktivit, které nejsou živnostmi, obsahuje úpravu správního deliktu pro případ, kdy je taková činnost provozována bez příslušného povolení, licence apod. (např. § 118 zák. č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích)⁹⁷.

1.2.3. NEOPRÁVNĚNÉ PODNIKÁNÍ PO REKODIFIKACI SOUKROMÉHO PRÁVA

Rekodifikace soukromého práva počítá s přesunutím právní úpravy obchodních závazkových vztahů do nového občanského zákoníku. Dojde tak ke sjednocení občanskoprávních a obchodněprávních vztahů a ustanovení týkající se závazkových vztahů se v novém občanském zákoníku použijí kromě jiných osob i na podnikatele. Z tohoto pohledu nebude postavení podnikatele natolik specifické jako v současné právní úpravě, neboť odpadne otázka, zda se v určitém případě závazkový vztah bude řídit občanským nebo obchodním zákoníkem.

Vládní návrh občanského zákoníku počítá se změnou vymezení podnikání a podnikatele v tom smyslu, že jako základní kritérium pro posouzení, zda jde v určitém případě o podnikání, nebude nadále spočívat ve vazbě na veřejné právo (tj. činnost osoby mající podnikatelské oprávnění). Ustanovení § 394 odst. 1 NObčZ totiž definuje podnikatele jako osobu, která provozuje podnikatelskou činnost se znaky v tomto ustanovení uvedenými. Tímto dává vládní návrh občanského zákoníku jasně najevo, že soukromoprávní nebo veřejnoprávní základ osoby není v dané souvislosti významný, rozhodující je, že osoba uzavírá smlouvy s určitým obsahem⁹⁸.

Soukromoprávní úprava situace, kdy osoba podniká, aniž by k tomu měla příslušné podnikatelské oprávnění, se přesouvá do nového občanského zákoníku. Ustanovení § 5 odst. 2 NObčZ stanoví, že proti vůli dotčené strany nelze zpochybnit povahu nebo platnost právního jednání jen proto, že jednal ten, kdo nemá ke své činnosti potřebné oprávnění, nebo komu je činnost zakázána.

⁹⁷ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 14

⁹⁸ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu občanského zákoníku, str. 104

Z výše uvedeného ustanovení vládního návrhu nového občanského zákoníku lze vyčíst, že nehraje roli, zda ten, kdo se chová jako podnikatel, má či nemá příslušné podnikatelské oprávnění, je-li ho třeba. Hlavní roli zde hraje to, jak jej z jeho přičinění vnímají jeho partneři, zejména klientela. Pokud by taková osoba pouze předstírala podnikatelské postavení, nemůže nikdo zpochybnit platnost právních jednání při té příležitosti učiněných, vyjma případ kdy se toho dovolá oklamaná strana⁹⁹.

⁹⁹ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu občanského zákoníku, str. 37

2. PODNIKATEL

Obchodní zákoník z roku 1991 nepřevzal tradiční pojem obchodník, vzdálil se tak naší právní tradici i právním úpravám sousedních států a použil termín podnikatel. Obchodníky (popř. kupce) znalo již naše předválečné právo a považovalo je za tradiční subjekty obchodně právních vztahů¹⁰⁰.

Tyto subjekty se až do roku 1950 dělily na obchodníky plného a neúplného práva a v souvislosti s tím na obchodníky protokolované a neprotokolované¹⁰¹. Přesáhl-li základ daně obchodníka zákonem stanovenou částku, vznikla mu povinnost zapsat se do obchodního rejstříku. Tímto se stal obchodníkem protokolovaným a zároveň obchodníkem plnoprávným bez ohledu na to, zda byl osobou fyzickou nebo právnickou. Na obchodníky neúplného práva se sice obchodní zákoník vztahoval, ale s výjimkou úpravy prokury, obchodních knih a firemního práva.

V totalitním období byly termíny fyzická a právnická osoba nahrazeny názvy občan a organizace. Podnikání se stalo výhradním právem státu. Stát si vytvářel organizace, které vykonávaly jeho vlastnické právo. Pouze socialistické organizace, jakožto právnické osoby, měly přístup k podnikání, a to ještě omezený¹⁰². Byla jim přiznána pouze tzv. speciální právní subjektivita. Šlo o omezení rozsahu způsobilosti, nejčastěji v podobě daného předmětu činnosti. Mimo stanovený rámec nebyla taková organizace vůbec uznána za právní subjekt a její jednání nemělo právní účinky a bylo považováno za nicotné¹⁰³. Fyzická osoba mohla být pouze zaměstnancem nebo spotřebitelem, nikoliv podnikatelským subjektem.

Současná úprava stojí na generální právní subjektivitě, což je žádoucí z hlediska principu ochrany dobré víry třetích osob. Ustanovení § 19a ObčZ stanoví, že způsobilost právnické osoby nabývat práv a povinností může být omezena jenom zákonem (např. úprava likvidace obchodních společností).

¹⁰⁰ Článek 4 všeobecného obchodního zákoníku z roku 1863 stanovil, že kupcem je každý, kdo provozuje živnostenské obchody vlastním jménem. Obchody v tomto zákoníku vymezoval článek 271 a články následující.

¹⁰¹ Pelikánová, I.: Subjekt v obchodním právu, Právo a podnikání 2/1993, str. 12

¹⁰² Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 202

¹⁰³ Ustanovení § 18 hospodářského zákoníku stanovilo, že socialistické organizace mohou nabývat práv a zavazovat se, jen pokud to není v rozporu s plněním jejich společenských úkolů.

2.1. VYMEZENÍ POJMU PODNIKATEL PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU

Spolu s pojmem podnikání je jedním z klíčových institutů obchodního zákoníku pojem podnikatel. Jedná se o centrální prvek osobní působnosti obchodního práva. Ze zákonného vymezení obchodního zákoníku v § 1 odst. 1 ObchZ vyplývá, že subjektem obchodního práva jsou zásadně podnikatelé¹⁰⁴. Obecné právní vymezení pojmu podnikatel nalezneme v části první obchodního zákoníku, podrobnější úprava některých podnikatelů je obsažena v části druhé tohoto zákona. Obchodní zákoník však neobsahuje komplexní vymezení všech podnikatelů, neboť právní úpravu některých podnikatelů obsahují zvláštní zákony (např. banky, pojišťovny).

Pojem podnikatel je obchodním zákoníkem vymezen v ustanovení § 2 odst. 2. Jedná se o zcela účelové vymezení vytvořené pro určení dosahu osobní působnosti obchodního zákoníku, nikoliv o pouhou teoretickou definici, což zdůrazňuje formulace „podnikatelem podle tohoto zákona je...“. K zachování jednoty právního řádu je ovšem nutné, aby tato definice přesahovala hranice obchodního zákoníku¹⁰⁵.

Za podnikatele lze považovat pouze takový právní subjekt, ať už fyzickou nebo právnickou osobu, o níž to stanoví § 2 odst. 2 ObchZ. Jedná se zde o taxativní výčet osob, které mohou být podnikatelé (s doplňky v § 23 ObchZ a ve zvláštních zákonech).

Výkladem ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ lze vymezit určité obecné znaky podnikatele. Určující kritérium pro posouzení, zda určitá osoba je nebo není podnikatelem, netkví v soukromém právu, ale v právu veřejném. Rozhodující je, zda tato osoba má určité oprávnění vznikající podle předpisů veřejného práva, popřípadě je zapsána v obchodním rejstříku. Roli také může hrát, ne však u všech skupin, i skutečně vyvíjená činnost (podnikání). Dalším obecným znakem zákonného vymezení podnikatele je to, že v zásadě nerozlišuje mezi osobou fyzickou a právnickou.

¹⁰⁴ Vztahy jiných osob než podnikatelů se obchodním zákoníkem řídí pouze výjimečně, pokud to stanoví obchodní zákoník (např. § 41, § 261 odst. 2 a 3, § 262), popř. jiný zákon (např. § 194 odst. 3 zák. č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu).

¹⁰⁵ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 35

2.1.1. DĚLENÍ PODNIKATELŮ

Obchodní zákoník v ustanovení § 2 odst. 2 rozlišuje čtyři kategorie podnikatelů, neboť stanoví, že podnikatelem podle obchodního zákoníku je:

- a) osoba zapsaná v obchodním rejstříku,
- b) osoba, která podniká na základě živnostenského oprávnění,
- c) osoba, která podniká na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů a
- d) osoba, která provozuje zemědělskou výrobu a je zapsána do evidence podle zvláštního předpisu.

U podnikatelů podle písm. a) je rozhodující formální znak, kterým je zde zápis do obchodního rejstříku. Osoba se tedy stává podnikatelem samotným zápisem do tohoto rejstříku, bez ohledu na to, zda vyvíjí podnikatelskou činnost (srov. kapitola 2.2. Podnikatelé podle právní formy).

U podnikatelů podle písm. b) až d) musí být vedle formálního znaku (získání živnostenského oprávnění, jiného oprávnění podle zvláštních předpisů, popř. zápis do evidence zemědělského podnikatele) splněn i znak materiální, tedy to, že tyto osoby skutečně reálně vykonávají podnikatelskou činnost. Tato další podmínka je odůvodněna formulací ustanovení v písmenech b) až d), neboť je použito slovní spojení „osoba, která podniká“ u písmene b) a c), popř. „osoba, která provozuje“ u písmene d)¹⁰⁶. Pro zákonodárce, pokud by nepožadoval tento materiální znak, by jistě nebyl problém použít slovní spojení „osoba, která je oprávněna podnikat“.

Jak poukazují výše, v § 2 odst. 2 písm. b) a c) ObchZ je použito spojení „osoba, která podniká“. Lze mít za to, že tento výraz se rovná termínu „podnikání“, který je definován v prvním odstavci tohoto ustanovení¹⁰⁷. Obsahovou součástí pojmu podnikatel je tedy v obou případech podnikatelská činnost ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ se všemi pojmovými znaky, které jsem vymezil výše. Lze také dovodit, že slovní spojení „osoba, která provozuje zemědělskou výrobu“ použité v písm. d) citovaného ustanovení, bude mít

¹⁰⁶ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 10. vydání, C. H. Beck, Praha 2005, str. 8

¹⁰⁷ Faldyna, F.: K problematice pojmu podnikatel a podnikání, Právo a podnikání 9/93, str. 3

podobný význam i přesto, že zde není výslovně použit termín „podniká“. Pojmy podnikatel a podnikání zde na sebe úzce navazují.

Podnikatele je možno také rozdělit na dvě skupiny. První skupinou jsou osoby zapsané do obchodního rejstříku (někdy též nazývané jako podnikatelé protokolovaní), druhou pak osoby do obchodního rejstříku nezapsané (podnikatelé neprotokolovaní).

Další možné odlišení podnikatelů lze provést na podnikatele fyzické osoby a právnické osoby nebo s ohledem na jejich bydliště (u fyzických osob) či sídlo (u právnických osob) na podnikatele tuzemské a zahraniční.

2.1.1.1. OSOBA ZAPSANÁ V OBCHODNÍM REJSTRÍKU

Obchodní zákoník považuje za podnikatele každou osobu, která je zapsaná v obchodním rejstříku. Znění zákona je zde jednoznačné, a proto není potřebná jiná skutečnost než samotná existence zápisu. Může se jednat o osoby fyzické i právnické. Nehraje roli, zda jsou tyto osoby do obchodního rejstříku zapisovány povinně nebo na vlastní žádost ani to, zda skutečně vykonávají podnikatelskou činnost či dokonce zda jsou oprávněny podnikat¹⁰⁸.

Podnikateli tedy za určitých podmínek mohou být i právnické osoby, které ve skutečnosti nepodnikají, ani nemají podnikání ve svém předmětu činnosti, neboť vznikly za jiným účelem, než je podnikání (tzv. podnikatelé podle právní formy). Podnikateli, kteří nepodnikají, mohou být společnost s ručením omezeným, akciová společnost a družstvo (§ 56 odst. 1 a § 221 odst. 1 ObchZ), popř. i jiná právnická osoba, není-li založena k podnikání, jestliže se podle zvláštního zákona zapisuje do obchodního rejstříku. Podnikateli ex lege jsou také evropské hospodářské zájmové sdružení, evropská společnost a evropská družstevní společnost, neboť se rovněž povinně zapisují do obchodního rejstříku (§ 3 odst. 1 zák. č. 360/2004 Sb., o EHVS; § 7 zák. č. 627/2004 Sb., o evropské společnosti; § 10 zák. č. 307/2006 Sb., o evropské družstevní společnosti). O podnikatelích podle právní formy více viz kapitola 2.2.

U osob fyzických výše uvedené neplatí, neboť v jejich případě je nezbytné, aby tyto osoby byly podnikateli vždy již před svým zápisem do obchodního

¹⁰⁸ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 7

rejstříku, a to ať má tento zápis charakter povinný či dobrovolný (viz § 34 odst. 1 písm. b) a c) a odst. 2)¹⁰⁹. Zápisem do obchodního rejstříku se tedy statut fyzické osoby jako podnikatele nemění, po zápise do obchodního rejstříku však tato osoba získává postavení podnikatele podle § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ¹¹⁰. V případě, že fyzická osoba, která je zapsána v obchodním rejstříku, přestane být podnikatelem podle § 2 odst. 2 písm. b) až d) ObchZ (tj. například z důvodu zrušení živnostenského oprávnění podle § 58 ŽivZ), je povinna bez zbytečného odkladu podat návrh na svůj výmaz z tohoto rejstříku¹¹¹.

Z doslovného výkladu § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ vyplývá, že postavení podnikatele podle tohoto ustanovení je spojeno až s realizací zápisu. Obchodní zákoník však v ustanovení § 64 umožňuje právní jednání jménem společnosti před jejím zápisem. I tuto společnost je potřeba považovat za podnikatele¹¹².

Osoby zapisované do obchodního rejstříku jsou uvedeny v ustanovení § 34 ObchZ, popřípadě ve zvláštních zákonech. Toto ustanovení nahradilo § 3 ObchZ, který byl zrušen s účinností od 1. 7. 2005 novelou zák. č. 216/2005 Sb. Z věcného hlediska k vážnější změně nedošlo a obchodní zákoník nadále upravuje povinné zapisování osob do obchodního rejstříku a zapisování na vlastní žádost. Osobami zapisovanými do obchodního rejstříku mohou být osoby fyzické i právnické, pro jejich povinnost zapsat se ovšem platí odlišná pravidla.

U právnických osob platí princip povinného zápisu do obchodního rejstříku a obchodní zákoník nezná možnost, aby se právnická osoba do obchodního zákoníku zapisovala dobrovolně na vlastní žádost. Platí tedy, že pokud zákon takovou povinnost neukládá, právnická osoba se zapsat nemůže. Nelze např. do obchodního rejstříku zapsat občanské sdružení, nadaci nebo náboženskou společnost.

¹⁰⁹ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 7

¹¹⁰ Záleží tedy na úvaze podnikatele – fyzické osoby, zda je pro něj výhodnější zapsat se do obchodního rejstříku či nikoliv. Obchodní zákoník ani jiný zákon sice nespojuje se zápisem fyzické osoby do obchodního rejstříku odlišný právní režim než s osobami nezapsanými, ale v určitých konkrétních případech tu rozdíly jsou. Následky zápisu mají výhody i nevýhody. Pouze podnikatel zapsaný v obchodním rejstříku může udělit prokuru (§ 14 odst. 6 ObchZ), zřídit odštěpný závod a ustanovit jeho vedoucího (§ 7 odst. 1 a § 13 odst. 3 ObchZ), mít obchodní firmu (§ 8 odst. 2 ObchZ) nebo stát se nájemcem podniku (§ 488d ObchZ). Na druhou stranu takovému podnikateli vzniká povinnost vést podvojně účetnictví.

¹¹¹ Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 47

¹¹² Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004, str. 36

Naproti tomu u fyzických osob platí obecně zásada fakultativnosti zápisu. Výjimky stanoví § 34 odst. 1 písm. d) a § 34 odst. 2 ObchZ. Obchodní zákoník tedy zná u podnikatelů - fyzických osob zápis dobrovolný i povinný.

2.1.1.2. OSOBA PODNIKAJÍCÍ NA ZÁKLADĚ ŽIVNOSTENSKÉHO OPRÁVNĚNÍ

Osoba, která je oprávněna podnikat na základě toho, že získala příslušné živnostenské oprávnění, je podnikatelem podle živnostenského zákona. Jedná se o osoby provozující ohlašovací či koncesovanou živnost.

Živnostenským oprávněním se rozumí subjektivní právo provozovat živnost. Toto oprávnění vzniká na základě veřejnoprávních skutečností a je zásadně vázáno na osobu podnikatele. Nemůže tudíž přejít na osobu jinou a nelze ho ani smluvně převádět na jiný subjekt, vyjma případů uvedených v živnostenském zákoně (institut pokračování v živnosti podle § 13 a § 14 ŽivZ)¹¹³. Dokladem tohoto oprávnění je výpis ze živnostenského rejstříku, který je veřejnou listinou, a do jeho vydání stejnopis ohlášení nebo pravomocné rozhodnutí o udělení koncese¹¹⁴.

Na základě živnostenského oprávnění se mohou stát podnikateli právnické osoby, u nichž zákon nevyžaduje zápis do obchodního rejstříku (např. občanská sdružení, příspěvkové organizace, církve atd.).

Mezi první a druhou skupinou podnikatelů běžně dochází k překrývání, protože podnikatelé zapisující se do obchodního rejstříku provozující živnost musí rejstříkovému soudu prokázat, že jim k předmětné činnosti vznikne (resp. vzniklo) živnostenské oprávnění.

Z jazykového výkladu ustanovení § 2 odst. 2 písm. b) ObchZ lze usuzovat, že pouhé získání živnostenského oprávnění nestačí k tomu, aby byla tato osoba považována za podnikatele. Zákonodárce použil slovní spojení „osoba, která podniká...“, a tím dal najevo, že vedle formálního hlediska je potřeba splnit

¹¹³ Horzinková, E.: Živnostenský zákon v praxi 2006/2007. 6. aktuální vydání, ANAG, Praha 2006, str. 43

¹¹⁴ Do dne účinnosti novely zák. č. 130/2008 Sb. byly průkazem živnostenského oprávnění živnostenský list a koncesní listina. Touto novelou byly tyto průkazy nahrazeny jediným dokladem, a to výpisem ze živnostenského rejstříku. Podnikatel tak může od účinnosti této novely prokazovat oprávnění k provozování více živností jediným dokladem. Další výhodou novely je nižší administrativa a poplatky spojené se vstupem do podnikání.

i faktický výkon určité podnikatelské činnosti ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ. Z toho vyplývá, že podnikatelem nebude osoba, která sice získala živnostenské oprávnění, ale toto oprávnění nevyužívá a nepodniká¹¹⁵. Taková osoba může poměrně dlouhou dobu vlastnit živnostenské oprávnění, aniž by provozovala živnost. Podle živnostenského zákona (§ 58 odst. 3) může být živnostenským úřadem toto oprávnění zrušeno, pokud není využíváno po dobu delší než 4 roky. Za podnikatele se ale z výše uvedeného důvodu považovat nebude.

Ke stejnému závěru však dle mého názoru nelze dojít u fyzické osoby, která získala živnostenské oprávnění a následně se na vlastní žádost nechala zapsat do obchodního rejstříku (na základě ustanovení § 34 odst. 1 písm. c) ObchZ). Takovou osobu bude totiž nutno považovat za podnikatele (podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ) i přesto, že podnikatelské oprávnění nevyužívá a nepodniká, a to až do doby jejího výmazu z obchodního rejstříku (viz předchozí kapitola).

2.1.1.3. OSOBA PODNIKAJÍCÍ NA ZÁKLADĚ JINÉHO NEŽ ŽIVNOSTENSKÉHO OPRAVNĚNÍ PODLE ZVLÁŠTNÍCH PŘEDPISŮ

Podnikatelem je také osoba, jejíž činnost je komplexně upravována zvláštními právními předpisy. Tyto osoby vykonávají svou činnost na základě jiného než živnostenského oprávnění, jsou vyloučeny z režimu živnostenského zákona a jsou uvedeny v § 3 ŽivZ. Jsou-li tyto činnosti provozovány za podmínek § 2 odst. 1 ObchZ, budou podnikáním (tzv. neživnostenským podnikáním)¹¹⁶.

Podnikateli jsou však tyto osoby pouze v případě, potřebují-li k provozování podnikatelské činnosti oprávnění podle zvláštního zákona.

Do této skupiny patří fyzické osoby, které provozují tzv. svobodná povolání (advokáti, lékaři, auditoři, patentoví zástupci, daňoví poradci, exekutoři atd.). Jsou zpravidla registrovány u příslušné samosprávné profesní organizace (komory), která jim vydává povolení k výkonu podnikatelské činnosti a dohlíží na řádný výkon příslušných činností. Svobodná povolání však mohou rovněž vykonávat právnické osoby (např. advokátní kanceláře, zdravotnická zařízení). Jménem

¹¹⁵ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 31

¹¹⁶ Viz pojednání o advokátech v kapitole 1.1.3.

takové obchodní společnosti však smí určitou profesi vykonávat pouze fyzická osoba splňující zákonem upravené předpoklady¹¹⁷.

Na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů však podnikají i jiné osoby, jejichž činnost pod svobodná povolání řadit nelze. Za takové lze považovat především právnické osoby, které provozují profese podrobené zvláštnímu doзору a zvláštnímu licenčnímu řízení (pojišťovny, banky, obchodníci s cennými papíry, investiční společnosti, komoditní burzy apod.). Tyto osoby ale mají zákonnou povinnost založení formou obchodních společností či družstev, zapisují se do obchodního rejstříku a z tohoto důvodu půjde o kategorii podnikatelů podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ.

Otázkou však může být, zda do této skupiny spadá (a tudíž je i podnikatelem) insolvenční správce. Jeho postavení je upraveno zák. č. 312/2006 Sb., o insolvenčních správcích. Tento zákon vymezuje otázky vzniku oprávnění vykonávat činnost insolventního správce a rovněž stanoví, že insolvenčním správcem může být fyzická osoba nebo veřejná obchodní společnost. Z rozsudku Nejvyššího soudu ČR (který se však týká správců konkurzní podstaty)¹¹⁸ je možné dovodit, že insolvenční správce podnikatelem není a na jeho činnost, kterou je zejména nakládání s majetkovou podstatou, bude třeba nahlížet jako na samostatnou výdělečnou činnost, která není podnikáním. Narážíme však na problém u insolvenčních správců ve formě veřejných obchodních společností, neboť jak je dobře známo, tyto obchodní společnosti jsou podnikateli a mohou být založeny pouze za účelem podnikání. Umožnění existence takových insolvenčních správců tak dle mého názoru vyvolává pochybnosti o charakteru jejich činnosti.

2.1.1.4. OSOBA, KTERÁ PROVOZUJE ZEMĚDĚLSKOU VÝROBU A JE ZAPSÁNA DO EVIDENCE PODLE ZVLÁŠTNÍHO PŘEDPISU

Do této skupiny řadíme osoby, které provozují zemědělskou výrobu a jsou zapsány do evidence podle zvláštního zákona na základě jejich žádosti o zápis.

¹¹⁷ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 197

¹¹⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 298/2005 ze dne 31.1.2006, IS ASPI: JUD 38085 CZ: „...při zpeněžování majetku (§ 27 ZKV) nelze na prodávajícího správce konkurzní podstaty nahlížet jako na podnikatele, ani nelze usuzovat, že závazkové vztahy, do nichž v této souvislosti vstupuje, se týkají jeho podnikatelské činnosti.“

Tímto předpisem je zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství, který v ustanoveních § 2e až 2h upravuje podnikání v zemědělství a evidenci zemědělských podnikatelů.

K velké změně v této skupině podnikatelů došlo zákonem č. 85/2004 Sb., který novelizoval zákon o zemědělství a nepřímo tak i obchodní zákoník. Tato novela zavedla pojem zemědělský podnikatel, kterým se může stát jak osoba fyzická, tak i osoba právnická, pokud splňuje podmínky stanovené zákonem o zemědělství a podniká v zemědělství¹¹⁹. Dřívější právní úprava se vztahovala pouze na fyzické osoby podnikající jako samostatně hospodařící rolníci.

Zemědělství je v ustanovení § 3 ŽivZ vyjmuto z režimu živnostenského zákona. Do zemědělské výroby náleží výroba a prodej zemědělských produktů a jejich zpracování, dobývání nevyhrazených nerostů, ale také obhospodařování lesů a vodních ploch, je-li tato činnost vykonávána za účelem trvalého dosahování příjmu¹²⁰.

Evidence zemědělských podnikatelů je vedena místně příslušnými obecními úřady obcí s rozšířenou působností (podle místa podnikání nebo sídla zemědělského podnikatele). Do této evidence nemají povinnost zapsat se fyzické osoby provozující drobné pěstitelské a chovatelské činnosti nebo prodávající nezpracované rostlinné a živočišné výrobky (§ 2e odst. 2 a § 2f odst. 1 zákona č. 252/1997 Sb., o zemědělství), a tudíž je nelze ve smyslu obchodního zákoníku považovat za podnikatele, neboť u nich není naplněna podmínka jejich evidence podle zemědělského zákona¹²¹.

2.1.1.5. ZAHRANIČNÍ OSOBY

Postavení podnikatele ve smyslu obchodního zákoníku mají podle ustanovení § 23 ObchZ zahraniční osoby, které jsou oprávněny podnikat v zahraničí, tedy v kterémkoli cizím státě¹²². Pak mohou vyvíjet podnikatelské aktivity na našem území (tj. vstupovat nesoustavně do právních vztahů s českými podnikateli nebo spotřebiteli), aniž by byly zapsány v obchodním rejstříku

¹¹⁹ Eliáš, K. a kol.: Obchodní zákoník. Praktické poznámkové vydání s výběrem judikatury od r. 1900. 4. vydání, Linde, Praha 2004, str. 46

¹²⁰ Kobliha, I. a kol.: Obchodní zákoník s komentářem, Linde, Praha 2006, str. 16

¹²¹ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 9

¹²² Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 34

nebo měly oprávnění podle § 2 ObchZ. Právní úkony těchto osob na našem území tedy budou mít režim úkonů podnikatelů.

Tyto osoby nelze zařazovat pod § 2 odst. 2 ObchZ, avšak přesto z právního hlediska musí být považovány za podnikatele, protože mají obdobné postavení ve svém domovském státě¹²³.

Ustanovení § 23 ObchZ vymezuje určitou odchylku od vymezení pojmu podnikání podle obchodního zákoníku, neboť tyto osoby se považují za podnikatele i přesto, že jejich činnost na našem území nelze považovat za soustavnou ve smyslu § 2 odst. 1 ObchZ. V případě, že by tyto osoby chtěly soustavně podnikat na našem území, musely by se podřítit právnímu režimu ustanovení § 21 ObchZ.

2.1.1.6. SHRNUTÍ

Shrneme-li výše uvedené pojednání, podnikatele lze vymezit jako fyzickou nebo právnickou osobu, která je zapsána do obchodního rejstříku nebo podniká na základě oprávnění uvedeného v § 2 odst. 2 ObchZ, popř. je zahraniční osobou podnikající na základě § 23 ObchZ.

2.2. PODNIKATELÉ PODLE PRÁVNÍ FORMY

Podnikatelé podle právní formy, starou terminologií též nazývaní jako tzv. fiktivní podnikatelé, jsou osoby, které se podnikateli stávají na základě právní fikce. Podnikateli podle právní formy se mohou stát pouze osoby zapsané v obchodním rejstříku podle § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ. Určení podnikatele podle zmíněného ustanovení nevyžaduje žádnou jinou podmínku a závisí tedy pouze na formálním kritériu. Je-li osoba zapsána v obchodním rejstříku, pohlíží se na ni jako na podnikatele, i když ve skutečnosti nepodniká a ani podnikat nemůže, protože nemá příslušné podnikatelské oprávnění. Pokud jde o zápis takové osoby do obchodního rejstříku, rejstříkový soud nemůže požadovat průkaz oprávnění k podnikání¹²⁴.

¹²³ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 192

¹²⁴ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004, str. 36

Podnikatelem podle právní formy je osoba, která sice splnila podmínku uvedenou v § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ, ale její činnost nenaplnuje všechny zákonné znaky podnikání podle § 2 odst. 1 ObchZ.

Za tento druh podnikatele jsou podle § 56 odst. 1 a § 221 odst. 1 ObchZ považovány společnosti s ručením omezeným, akciové společnosti a družstva za předpokladu, že byly založeny za jiným účelem, než je podnikání. Ustanovení § 56 odst. 1 výslovně připouští založení společnosti s ručením omezeným a akciové společnosti i za jiným účelem, než je podnikání, pokud to zvláštní právní předpis nezakazuje. Uvedený § 221 ObchZ dává možnost založit družstvo za účelem podnikání nebo zajišťování hospodářských, sociálních nebo jiných potřeb svých členů.

Podnikateli podle právní formy však mohou být i jiné právnické osoby, které byly zřízeny zvláštním zákonem nebo na jeho základě k jinému než podnikatelskému účelu (např. zaměstnanecká pojišťovna podle zákona č. 280/1992 Sb.). Tento zákon však musí stanovit, že se zapisují do obchodního rejstříku.

Dalším příkladem podnikatele podle právní formy je evropské hospodářské zájmové sdružení, neboť podle čl. 3 nařízení Rady č. 2137/85 o vytvoření EHZZ je účelem tohoto sdružení usnadňovat a rozvíjet hospodářskou činnost jeho členů a zlepšit nebo zvýšit hospodářské výsledky této činnosti. Jeho účelem není dosahování zisku pro vlastní potřebu. Podnikateli podle právní formy mohou být dále evropská společnost a evropská družstevní společnost v případě, že byly založeny za jiným než podnikatelským účelem¹²⁵.

Účelem tohoto institutu je především sjednocení právního režimu výše uvedených osob bez ohledu na jejich předmět činnosti a požadavek právní jistoty třetích osob, že tyto osoby jsou podnikateli.

¹²⁵ V současnosti však není jednoznačně vyřešeno, zda lze evropskou společnost se sídlem v ČR založit i za jiným účelem, než je podnikání. Nařízení rady č. 2157/2001 o statutu evropské společnosti (dále jako „NoES“ či „nařízení o ES“) ani zák. č. 627/2004 Sb., o evropské společnosti tuto otázku výslovně neupravují. Hlavním argumentem pro kladnou odpověď je zejména čl. 10 NoES, který stanoví, že je třeba k evropským společnostem přistupovat, jako by se jednalo o akciové společnosti se sídlem v daném členském státu a rovněž čl. 9 NoES, podle kterého se v otázkách neřešených nařízením o ES použije národní akciové právo. Na druhou stranu se v nařízení o ES vyskytuje na několika místech zmínka o podnikatelském zaměření evropské společnosti (např. v preambuli, v čl. 9 odst. 3 apod.). Konečné slovo při vyřešení této otázky bude mít zřejmě Evropský soudní dvůr.

Institut obchodník z hlediska formy znal již všeobecný obchodní zákoník z roku 1863¹²⁶. V současnosti je tento institut rovněž přijímán v zahraničních právních úpravách. V německém právu je postavení obchodníka z hlediska formy (tzv. Formkaufmann) přiznáno obchodním společnostem (§ 6 HGB). Rovněž v právu francouzském je tato koncepce přijímána pro všechny obchodní společnosti.

Se zachováním institutu podnikatele podle právní formy se rovněž počítá po rekodifikaci soukromého práva. Vládní návrh nového občanského zákoníku v ustanovení § 395 odst. 1 stanoví, že za podnikatele se považuje každá osoba zapsaná v obchodním rejstříku. Také vládní návrh zákona o obchodních korporacích umožňuje založit (ustavit) výše vyjmenované společnosti a družstva za jiným účelem, než je podnikání¹²⁷. Na tyto osoby se budou vztahovat ustanovení nového občanského zákoníku o veřejné prospěšnosti (§ 144, 145 NObčZ)¹²⁸.

Současnou právní úpravou není zcela jednoznačně řešena otázka, zda se u podnikatele podle právní formy v plném rozsahu aplikuje třetí část obchodního zákoníku, ve které se upravují obchodní závazkové vztahy. Ustanovení § 261 odst. 1 ObchZ stanoví dvě kritéria, jež jsou rozhodující pro určení obchodněprávního režimu závazkového vztahu – jedná se o závazkové vztahy mezi podnikateli a při vzniku závazkových vztahů je s přihlédnutím ke všem okolnostem zřejmé, že se týkají jejich podnikatelské činnosti. Právě druhé kritérium § 261 odst. 1 ObchZ vzbuzuje nejasnost v podobě výkladu pojmu „podnikatelská činnost“, neboť tento pojem není žádným způsobem definován.

Dle mého názoru se nelze ztotožnit s názorem, že i přesto, že obchodní zákoník přisuzuje těmto osobám podnikatelský status, nebude se u nich pro úpravu jejich závazkových vztahů aplikovat třetí část obchodního zákoníku a tyto osoby mohou používat buď ustanovení o fakultativních obchodech (§ 262 ObchZ) nebo občanský zákoník (s výjimkou případů tzv. absolutních

¹²⁶ Čl. 5 všeobecného obchodního zákoníku z roku 1863: „Ustanovení vydaná o kupcích platí stejně o obchodních společnostech, zvláště též o akciových společnostech, jejichž předmět podnikání záleží v obchodech.“

¹²⁷ Vládní návrh zákona o obchodních korporacích v § 3 odst. 1 výslovně zakazuje ustavit osobní společnost za jiným než podnikatelským účelem. Ostatním obchodním korporacím tuto možnost ponechává.

¹²⁸ Kalinová, M.: Rekodifikace soukromého práva – návrh obchodního zákona, Acta Oeconomica Pragensia 8/2004, str. 41

obchodů dle § 261 odst. 3 ObchZ)¹²⁹. Jestliže obchodní zákoník přisoudil těmto osobám podnikatelský status, pak by měly mít možnost používat třetí část obchodního zákoníku pro úpravu svých závazkových vztahů stejně tak, jako ostatní podnikatelé. Už samotná díkce ustanovení § 1 odst. 1 ObchZ vztahuje působnost obchodního zákoníku na osoby podnikatelů.

Přikláním se v této otázce k názoru D. Šrámkové a J. Valdhanse, kteří se podrobně zabývali možnostmi výkladu pojmu podnikatelská činnost¹³⁰. Tito autoři mají za to, že nejméně problematické je zde odvození pojmu podnikatelská činnost od výkladu pojmu podnikatel, nikoliv od pojmu podnikání. Nejde tedy o činnost související s podnikáním, ale o činnost související s podnikatelem. Pro vyloučení nejasností týkající se této problematiky by de lege ferenda bylo vhodné nahradit „neurčitý“ pojem podnikatelská činnost, popřípadě tento pojem definovat. Výše zmínění autoři navrhuji změnu § 261 odst. 1 ObchZ ve znění: „Tato část zákona upravuje závazkové vztahy mezi podnikateli, jestliže je zřejmé s přihlédnutím ke všem okolnostem, že se týkají jejich podnikání nebo jiného účelu, za nímž byli založeni (§ 56 odst. 1 ObchZ, § 221 ObchZ). S tímto řešením se ztotožňuji, neboť dle mého názoru výstižně řeší výše popsanou problematiku podnikatelů podle právní formy.

Tato problematika by měla být vyřešena v rámci rekodifikace soukromého práva tím, že v budoucnu budou závazkové vztahy podnikatelů i nepodnikatelů upraveny společně novým občanským zákoníkem.

Od podnikatelů podle právní formy odlišujeme tzv. podnikatele pasivní. Tyto osoby jsou založeny za účelem podnikání a zapsány do obchodního rejstříku. Z určitého důvodu jsou však nečinné a podnikatelskou činnost nevykonávají. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ nevyplývá jiná podmínka než samotný zápis do obchodního rejstříku, a proto lze usuzovat, že osoba je podnikatelem po celou dobu svého zápisu. Nečinná osoba tedy právní postavení podnikatele neztrácí jen proto, že podnikatelskou činnost přerušila či vůbec nezahájila.

Tito pasivní podnikatelé však byli podle § 37 odst. 1 ObchZ povinni v návrhu na zápis do obchodního rejstříku doložit vznik živnostenského či jiného oprávnění

¹²⁹ Srov. Pokorná, J.: Subjekty obchodního práva. Vybrané problémy, Masarykova Univerzita, Brno 1997, str. 16; Pelikánová, I.: Podnikatel a podnikání podle obchodního zákoníku, Právo a podnikání 3/1994, str. 15

¹³⁰ Šrámková, D., Valdhanse, J.: Fiktivní podnikatelé a závazkové vztahy, Obchodní právo 5/2001, str. 25 a násl.

k činnosti, která byla zapsána do obchodního rejstříku jako jejich předmět podnikání. V případě, že podnikateli – fyzické osobě veřejnoprávní oprávnění k podnikání zanikne (např. pokud podnikatelské oprávnění zruší živnostenský úřad), je povinna bez zbytečného odkladu podat návrh na svůj výmaz z obchodního rejstříku.

U právnických osob je situace komplikovanější. Pokud obchodní společnost pozbude všechna oprávnění k podnikatelské činnosti, může soud podle § 68 odst. 6 písm. b) ObchZ na návrh státního orgánu nebo osoby, která osvědčí právní zájem, rozhodnout o zrušení společnosti a o její likvidaci. Návrh může podat kterýkoliv státní orgán, který při výkonu své působnosti zjistí, že je dán některý ze zákonem stanovených důvodů pro zrušení společnosti¹³¹. Takovým orgánem tedy jistě může být např. živnostenský úřad, který zjistí, že společnost pozbyla všechna živnostenská oprávnění (za předpokladu, že jí nezůstalo ani jiné než živnostenské oprávnění)¹³². V případě družstva může soud podle ustanovení § 257 odst. 1 písm. c) ObchZ na návrh státního orgánu, orgánu nebo člena družstva anebo osoby, která osvědčí právní zájem, rozhodnout o zrušení družstva a jeho likvidaci, jestliže družstvo po dobu delší než dva roky neprovozuje žádnou činnost.

2.3. VHODNOST ČI NEVHODNOST VEŘEJNOPRÁVNÍ REGULACE?

Veřejné právo reguluje činnost podnikatele i samotné podnikání ve více směrech. Jednak stanoví předpoklady, za nichž se může určitá osoba zabývat podnikáním, ale také určuje povinnosti těmto osobám při výkonu jejich podnikání. Tyto povinnosti se týkají zejména vztahů k jiným podnikatelům, ke spotřebitelům, požadavků na výrobky a jiné výkony atd. Mimo to však veřejné právo zasahuje i do samotného vymezení pojmu podnikání a podnikatel.

Vazba ustanovení § 2 ObchZ na veřejné právo je autory odborných článků i veřejností přijímána spíše kriticky jako netradiční při srovnání s ostatními

¹³¹ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 271

¹³² To neplatí v případě bank, kterým byla odňata licence, neboť podle § 36 odst. 1 BankZ může podat návrh na zrušení akciové společnosti, byla-li bance odňata licence, pouze Česká národní banka. Soud rozhodne o návrhu České národní banky do 24 hodin od podání návrhu.

evropskými právními řády (viz kapitola 2.4. Srovnání pojmu podnikatel s právní úpravou německou, rakouskou a francouzskou).

Z ustanovení § 2 odst. 2 ObchZ je patrné, že základní kritérium pro posouzení otázky, zda určitá osoba je nebo není podnikatelem, netkví v soukromém právu, ale právu veřejném¹³³. Ve většině případů je totiž rozhodující, zda tato osoba získala určité veřejnoprávní oprávnění k podnikání, přičemž trochu do pozadí se odkládá skutečně vyvíjená činnost podnikání a charakter takové činnosti¹³⁴. Vazba na veřejné právo zde představuje omezení podnikání ve formě vymezení podmínek, za nichž získá určitá osoba živnostenské nebo jiné oprávnění.

Tím, že zákonodárce nezaložil pojem podnikatele jenom na skutečné povaze jeho profesionální činnosti, jak je obvyklé v ostatních zemích kontinentální Evropy, ale jako další kritérium stanovil existenci a druh veřejnoprávního oprávnění, posunul tento pojem alespoň z poloviny do veřejného práva a tím vyvolal negativní důsledky s tím spojené. Podnikáním dle obchodního zákoníku tak podle mého názoru není činnost prováděna bez (popř. mimo rozsah) veřejnoprávního oprávnění a osoba činnost neoprávněně provádějící není podnikatelem. Nedostatky vazby podnikání na veřejné právo byly následně zmírněny judikaturou a ustanovením § 3a ObchZ. To však nemůže změnit celkovou koncepci obchodního zákoníku vyplývající z § 2 a rovněž z § 261 ObchZ.

Vazba ustanovení § 2 ObchZ na veřejné právo je problematická také pro výše uvedenou skupinu osob výtvarných umělců, herců, zpěváků, spisovatelů apod. Vzhledem k tomu, že tyto osoby podnikateli nejsou, neboť je nelze zařadit do žádné z taxativně uvedené skupiny § 2 odst. 2 ObchZ, jejich činnost patrně nelze považovat za podnikání, přestože svým charakterem všechny znaky definice podnikání uvedené v § 2 odst. 1 ObchZ splňuje.

Dle mého názoru je de lege ferenda vhodné opustit vazbu vymezení pojmů podnikání a podnikatel na veřejné právo. Při vymezení pojmu podnikatel by hlavním kritériem mělo být faktické vyvíjení podnikatelské činnosti nikoliv to, zda určitá osoba získala veřejnoprávní oprávnění k podnikání. Tímto směrem jde

¹³³ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 35

¹³⁴ Nález Ústavního soudu ČR sp. zn. III. ÚS 140/99 ze dne 8.7.1999: „Podnikatelem je každá fyzická či právnická osoba, která oprávněně podniká....“

ostatně i vládní návrh nového občanského zákoníku. Rekodifikace soukromého práva by tak měla tuto vazbu odstranit (viz výše).

Veřejné právo tím, že upravuje podmínky a povinnosti při podnikání (zejména u osob podnikajících na základě jiného než živnostenského oprávnění podle zvláštních předpisů), zasahuje rovněž do soukromoprávních stránek existence podnikatelů, jako je organizační forma subjektu (např. bankou může být pouze akciová společnost nebo evropská společnost), velikost základního kapitálu, požadavky na osoby, které se stanou členy statutárních orgánů, rovněž případným dozorem či ovlivňováním ze strany orgánů veřejné správy¹³⁵.

Myslím, že je rozhodně vhodné a potřebné, aby stát reguloval některé druhy podnikatelských činností ve formě podmínek pro vznik podnikatelského oprávnění a ve formě stanovení povinností pro výkon některých druhů podnikání včetně sankcí za jejich porušení. Měl by však tak činit přiměřeně, zejména z důvodu ochrany veřejnosti před škodlivými vlivy podnikání bezohledného, nekvalifikovaného nebo jinak závadného.

V této souvislosti lze také vznést pochybnost o obecné potřebě institutu živnostenského oprávnění. Nebylo by lepší uvolnit režim alespoň některých ohlašovacích živností (zejména ohlašovací živnosti volné) z veřejnoprávní regulace a specifická oprávnění, kde je k ochraně zájmů sledovaných veřejnoprávní úpravou nezbytné stanovit zvláštní předpoklady provozování určité činnosti (dnes převážně v podobě koncesovaných živností), převést do působnosti dotčených orgánů veřejné správy jako speciálních živnostenských úřadů? Stát ve vztahu k podnikateli by měl dle mého názoru zejména sledovat, zda podnikatel přizná a zdaní svůj příjem z podnikání. Ostatní záležitosti by ho měly zajímat spíše výjimečně (např. ve vztahu ke spotřebitelům, k ochraně životního prostředí apod.).

2.4. SROVNÁNÍ POJMU PODNIKATEL S PRÁVNÍ ÚPRAVOU NĚMECKOU, RAKOUSKOU A FRANCOUZSKOU

Definice pojmu obchodník, který je v naší současné právní úpravě nazvaný podnikatel, se v jednotlivých obchodněprávních úpravách liší, ale obsahově

¹³⁵ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 228

nejsou od sebe tak daleko. V právních úpravách kontinentální Evropy je obchodník spjat s určitou profesionální činností, kterou nazýváme obchody. K tomuto základnímu znaku obchodníka přistupují ještě znaky další (v naší právní úpravě upravené v § 2 odst. 1 ObchZ). Obchodníkem se v kontinentálně evropském pojetí obecně rozumí ten, kdo uskutečňuje soustavně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost a nezávisle obchody za účelem získání trvalého zdroje příjmů (jinak řečeno „po živnostensku“ nebo „jako své obvyklé povolání“)¹³⁶.

Tyto znaky však již nejsou v různých zemích chápány shodně. Rozdílnost úprav můžeme spatřit například u činností obstaravatelských. Německé právo považuje tyto činnosti za činnost obchodníků, ale francouzské právo některé tyto činnosti podřizuje civilní právní úpravě (např. advokacie, obchodní zastoupení)¹³⁷. Ve všech státech kontinentální Evropy však platí, že obchodníkem může být jak osoba fyzická, tak i osoba právnická.

Podnikatel dle našeho právního řádu je širším pojmem než pojem obchodník z toho hlediska, že zahrnuje i příslušníky tzv. svobodných povolání a rovněž zemědělce či řemeslníky. Tyto profese zpravidla v zahraničí (např. ve francouzské právní úpravě) podléhají pouze režimu občanského zákoníku¹³⁸.

Naše obchodní právo se z počátku vyvíjelo stejným způsobem jako obchodní právo německé a rakouské, neboť jejich základem je také všeobecný obchodní zákoník z roku 1863. Čtvrtý článek tohoto zákoníku uváděl, že obchodníkem je ten, kdo provozuje obchody po živnostenskou. Na stejné koncepci stojí i současný německý obchodní zákoník (dále jako „HGB“), který v § 1 uvádí, že obchodníkem je ten, kdo provozuje obchodní živnost¹³⁹.

Náš současný obchodní zákoník nahradil pojem obchodník pojmem podnikatel. Podnikatel v našem právním řádu není odvozen pouze od charakteristické profesionální činnosti, ale také od existence oprávnění k podnikání podle veřejnoprávních předpisů. Zde lze spatřit výrazný rozdíl mezi pojetím podnikatele podle české právní úpravy a právní úpravy ostatních států kontinentální Evropy. Například v současném německém obchodním zákoníku je

¹³⁶ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 51

¹³⁷ Pelikánová, I.: Úvod do srovnávacího práva obchodního, C. H. Beck, Praha 2000, str. 48

¹³⁸ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 193

¹³⁹ Obchodní živností se podle § 1 odst. 2 HGB rozumí každý živnostenský podnik, ledaže podle jeho povahy nebo rozsahu není potřebný obchodní způsob vedení jako obchodní živnosti

výslovně upraveno, že vymezení obchodníka je závislé pouze na skutečně vykonávané činnosti, nikoliv na veřejnoprávním aktu¹⁴⁰. Pojem obchodník (Kaufmann) podle HGB má širší význam než pojem podnikatel podle našeho obchodního zákoníku, neboť za obchodníka je považován každý, kdo provozuje obchodní činnost v nejširším slova smyslu¹⁴¹. Obchodníkem je tedy i osoba, která provozuje obchody nedovoleně.

V Rakousku platil německý obchodní zákoník (HGB) až do 31. 12. 2006. Od roku 2007 však byl novelou přejmenován na Zákoník o podniku (dále jako „UGB“). Tato novela zavedla pojem podnikatel (Unternehmer), který tak nahradil obchodníka (Kaufmann). Definice pojmu podnikatel nalezneme v § 1 odst. 1 UGB¹⁴². Novela tedy zavedla moderní pojem podnikatele, který je již dlouho zaveden v české právní úpravě. Na rozdíl od české právní úpravy však nadále nespojuje pojem podnikatel s existencí veřejnoprávního oprávnění. Naproti tomu spojuje tento pojem s provozováním podniku. Taková vazba v naší právní úpravě naopak chybí. Na rozdíl od dřívější právní úpravy se UGB vztahuje také na advokáty, lékaře, daňové poradce, auditory, architekty, truhláře realitní kanceláře, zemědělské podniky apod.¹⁴³

Vymezení pojmu obchodník více či méně zřetelně ukazuje, na jakém principu jsou právní úpravy postaveny¹⁴⁴. Francouzské pojetí pojmu obchodník naznačuje objektivní princip, neboť za obchodníka považuje osobu, která uskutečňuje obchody a činí to jako své obvyklé povolání (Francouzský obchodní zákoník z roku 2000, čl. L 121-1). Dává tedy důraz na obchody jako skutečně vykonávané činnosti. Naopak za subjektivní princip obchodně právní úpravy můžeme považovat německý HGB, který v § 1 uvádí, že obchodníkem je ten, kdo provozuje obchodní živnost. Tato kodifikace se tak stává právem obchodníků jako profesně vymezené skupiny.

Pochybnosti výše uvedeného rozdělení na objektivní a subjektivní princip úpravy v jednotlivých obchodních zákonících mohou vyvolat tzv. jednostranné obchody. Francouzský obchodní zákoník i přesto, že je vybudován na objektivním

¹⁴⁰ § 7 HGB: „Aplikace tohoto zákoníku týkající se obchodníků, není dotčena předpisy veřejného práva, podle kterých přístup k provozování živností je vyloučen nebo závislý na určitých předpokladech.“

¹⁴¹ Fessler, V.: Abeceda německého obchodního práva, Linde, Praha 1997, str. 58

¹⁴² § 1 odst. 1 UGB: „Podnikatelem je ten, kdo provozuje podnik.“

¹⁴³ Svoboda-Mascher, M.: Rakouský obchodní zákoník nově, Právní rádce 7/2007, str. 15

¹⁴⁴ Pelikánová, I.: Úvod do srovnávacího práva obchodního, C. H. Beck, Praha 2000, str. 47

principu a upravuje tak vztahy mezi obchodníky navzájem, podřizuje také svému režimu vztahy obchodníka k neobchodníkovi, tj. vztahy, v nichž je obchodník pouze na jedné straně (jednostranné obchody)¹⁴⁵. Zachovává tak prvky právního partikularismu, neboť připouští dvojí odlišný režim v rámci jednoho právního vztahu, tj. vztahy, které jsou pro jednu stranu obchodem, ale pro druhou nikoliv (*actes de commerce mixtes*).

Německá právní úprava překonala prvky právního partikularismu již ve všeobecném obchodním zákoníku z roku 1863 tím, že stanovila presumpci obchodního režimu i pro vztahy, které jsou obchodem pouze pro jednu ze stran¹⁴⁶. Současný německý obchodní zákoník tuto koncepci převzal beze změny¹⁴⁷. Česká právní úprava obchodů (závazkových právních vztahů) je na rozdíl od jiných států poměrně úzká, neboť upravuje pouze vztahy mezi podnikateli (§ 261 odst. 1 ObchZ) a obecně tak vyloučila obchodní režim ve vztazích mezi podnikatelem a nepodnikatelem. Tím však dochází k znevýhodnění nepodnikatele (spotřebitele), protože nelze užít obchodněprávní instituty jako přísnou objektivní odpovědnost, presumpci solidarity atd. Ustanovení § 261 odst. 2, 3 a § 262 ObchZ tuto koncepci oslabuje tím, že stanoví, kdy se obchodní režim použije i na jiné vztahy.

Rozdíl mezi francouzským a německým obchodním právem je také v povinnosti zápisu obchodníka do obchodního rejstříku. Zatímco v německém právu zápis do obchodního rejstříku nemá konstitutivní význam pro postavení osoby jako obchodníka, v právu francouzském musí být každý obchodník zapsán v obchodním rejstříku¹⁴⁸. Německá právní úprava tímto ovšem nevylučuje existenci tzv. obchodníků podle právní formy, neboť takové postavení přiznává obchodním společnostem (§ 6 HGB). U nás je situace komplikovanější. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ by bylo sice možné dovodit, že se jedná o konstitutivní význam zápisu, ale převážná většina fyzických osob (tedy mimo případy stanovené v § 34 odst. 2 ObchZ) se do obchodního rejstříku zapisují dobrovolně a jde tedy o zápis deklaratorní.

¹⁴⁵ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 53

¹⁴⁶ Op. cit. sub. 141 výše, str. 47

¹⁴⁷ § 345 HGB: „Na právní jednání, které je obchodem na straně jednoho z účastníků, se uplatní předpisy o obchodech stejnou měrou pro oba účastníky, pokud z těchto předpisů nevyplývá něco jiného.“

¹⁴⁸ Nutno zdůraznit, že práva spojená s postavením obchodníka může uplatňovat pouze obchodník zapsaný v obchodním rejstříku. Naopak povinnosti vyplývající z postavení obchodníka vznikají i nezapsanému obchodníkovi.

Německá právní úprava tedy rozlišuje na obchodníky zapsané v obchodním rejstříku a obchodníky ostatní. Francouzské právo takového rozdělení nezná a každý obchodník musí být zapsán v obchodním rejstříku. Od obchodníků však rozlišuje řemeslníky. Tyto osoby mají od obchodníků odlišný právní režim (code artisanal) a musejí se zapsat do rejstříku řemeslnického a fyzické osoby také do rejstříku obchodního¹⁴⁹.

2.4.1. POJEM OBCHODY

Pro správné vymezení a pochopení pojmu obchodník je nutné rovněž vymezit pojem obchody. Pojem obchody není v kontinentální Evropě vymezením druhu závazkových vztahů, jak je tomu v naší právní úpravě. Jde o určitou kategorii právních jednání, právních úkonů, popř. někdy také činností nebo profesí¹⁵⁰. Osoby se stávají obchodníky tím, že tyto obchody uskutečňují. Dochází tak k rozšíření aplikovatelnosti obchodního zákoníku, protože se jeho ustanovení na obchodníky použijí vždy, nezávisle na druhé straně vztahu (viz výše výklad o jednostranných obchodech).

Německý HGB (na rozdíl od francouzského obchodního zákoníku¹⁵¹) neobsahuje výčet obchodů, protože obchodem je dle ustanovení § 343 HGB každé právní jednání obchodníka, které přísluší k provozu jeho podniku¹⁵². Tuto koncepci ještě rozšiřuje právní domněnkou § 344 HGB tak, že v případě pochybnosti se právní úkony uskutečněné obchodníkem považují za obchody a dále již zmíněný § 345 HGB, podle kterého se předpisy o obchodech vztahují na celý vztah, pokud je pro jednu stranu obchodem, pokud není zákonem stanoveno něco jiného.

Naše současná právní úprava podnikání nemá vazbu na obchody, neboť ustanovení § 2 ObchZ blíže nekvalifikuje druh činnosti uskutečňované podnikatelem, omezuje se na její charakteristické znaky, které v tomto ustanovení vyjmenovává.

¹⁴⁹ Pelikánová, I.: Úvod do srovnávacího práva obchodního, C. H. Beck, Praha 2000, str. 50

¹⁵⁰ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 52

¹⁵¹ Článek L.110-1 a 110-2 Francouzského obchodního zákoníku z roku 2000

¹⁵² § 343 HGB: „Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.“

2.5. VYMEZENÍ POJMU PODNIKATEL PO REKODIFIKACI SOUKROMÉHO PRÁVA

Rekodifikace soukromého práva pravděpodobně přenesla vymezení pojmu podnikatel do nového občanského zákoníku. Vládní návrh nového občanského zákoníku definuje v § 394 odst. 1 podnikatele jako osobu, která samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku. Za podnikatele je však určitá osoba považována jen se zřetelem ke své podnikatelské činnosti. Jako základní kritérium se zde nově stanoví skutečnost, že podnikatelem je ten, kdo provozuje podnikatelskou činnost s výše uvedenými charakteristickými znaky. Opouští se tedy dosavadní kritizovaná koncepce spočívající ve vazbě na veřejné právo, která stanoví, že podnikatelem je (mimo osob zapsaných v obchodním rejstříku) osoba mající podnikatelské oprávnění.

Pojmové pojetí podnikatele se pro účely ochrany spotřebitele navrhuje v § 394 odst. 2 NObčZ rozšířit tak, aby pojem byl při ochraně spotřebitele vykládán konformně s evropským právem. Za podnikatele by se tak považovala také každá osoba, která uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě osoba, která jedná svým jménem na účet podnikatele. Dle důvodové zprávy k vládnímu návrhu občanského zákoníku totiž musí být spotřebitel chráněn i v případech, kdy se ocitne v právním styku s osobou, pro kterou není kritérium zisku významné: např. při poskytování veřejné služby nebo při obecně prospěšné činnosti (např. při provozu nemocnic, veřejné dopravy, při provozování veřejně prospěšných ústavů) nebo s osobami, které ve vztahu k této činnosti status podnikatele nemají, např. proto, že náleží do veřejného sektoru¹⁵³. Rozhodující je zde to, že tyto osoby uzavírají smlouvy s určitým obsahem.

Na základní vymezení podnikatele navazuje ve vládním návrhu nového občanského zákoníku § 395. Toto ustanovení v prvním odstavci uvádí, že za podnikatele se považuje osoba zapsaná v obchodním rejstříku. Podmínky zápisu osoby do obchodního rejstříku bude upravovat zvláštní zákon. Ustanovení

¹⁵³ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu občanského zákoníku, str. 104

§ 395 odst. 2 NObčZ stanoví pravidlo, že v pochybnostech se pro konkrétní případ přisoudí vlastnost podnikatele tomu, kdo má příslušné podnikatelské oprávnění¹⁵⁴. Primárním kritériem je však v nové koncepci podnikatele především to, jak se určitá osoba v právním styku fakticky chová (§ 5 NObčZ) a z tohoto důvodu může být výše uvedené pravidlo pouze kritériem podpůrným.

¹⁵⁴ § 395 odst. 2 NObčZ: „Má se za to, že podnikatelem je osoba, která má k podnikání živnostenské nebo jiné oprávnění podle jiného zákona.“

3. PODNIK

Podnik je dalším velice významným a často používaným pojmem, který obchodní zákoník vymezuje. Na úvod je nutno říci, že u tohoto institutu se projevuje rozdíl v pohledu právním a ekonomickém. Oba tyto pohledy se od sebe výrazně liší. Podnik pojímaný ekonomicky je základním prvkem ekonomického systému a lze jej charakterizovat jako plánovitě organizovanou hospodářskou jednotku, v níž se zhotovují a prodávají věcné statky a služby¹⁵⁵. Dále se budu zabývat pouze podnikem v právním smyslu.

Podnik byl v našem právním řádu poprvé jednoznačně definován po druhé světové válce (1947) A. Malovský-Wenigem, jenž ho ve své příručce popsal jako předmět právních vztahů, který má smíšenou povahu, ale jeho podstatou je nehmotný prvek – klientela¹⁵⁶. Podnik je zde chápán jako organizace provozu podporující nebo zajišťující výsledek výdělečné činnosti. Podnik je statkem poměrovým, jenž vznikl uskutečněním podnikatelské ideje. Není tedy ani věcí, ani právem. Věci, které slouží k podnikání, jsou pouze příslušenstvím podniku, nikoliv jeho podstatou.

Po roce 1948 dochází k zániku obchodního práva a budování práva hospodářského. Pojem podnik nezaniká, ale získává odlišný význam. Dochází k jeho personifikaci a po celé totalitní období se podnikem rozumí určitý druh právnické osoby. Personifikací rozumíme splynutí subjektu (podnikatele) s předmětem (podnikem). Osobní a věcný prvek podniku tedy splynul. V právním řádu se podnik objevoval s různými přívlastky jako např. národní (státní) podnik, družstevní podnik nebo společný podnik. Stát si vytvářel organizace, které se sice nazývaly podniky, ale jejich podnikání se neopíralo o vlastnictví, neboť vykonávaly pouze vlastnické právo státu tím, že tzv. spravovaly národní majetek (později nazvané jako právo hospodaření)¹⁵⁷. Tyto podniky byly subjekty právních vztahů, měly svá práva a povinnosti a mohly se vlastními úkony zavazovat. Personifikace tedy vytvářela zdání, že se jedná o samostatné osoby. Byly však řízeny státem, a tudíž i jeho součástí.

¹⁵⁵ Wöhe, G.: Úvod do podnikového hospodářství, C. H. Beck, Praha 1995, str. 2

¹⁵⁶ Malovský-Wenig, A.: Příručka obchodního práva, Kompas, Praha 1947, str. 81

¹⁵⁷ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 2. díl, ASPI, Praha 1998, str. 46

V současnosti je podnik upraven v obchodním zákoníku jako předmět právních vztahů, nikoliv jejich subjekt.

V současné právní úpravě zůstal zachován státní podnik (zák. č. 77/1997 Sb., o státním podniku), který je nutno odlišovat od pojetí podniku ve smyslu § 5 ObchZ. Státní podnik je zřízen státem k provozování podnikatelské činnosti s majetkem státu svým jménem a na vlastní účet. Státní podnik je sice prohlášen za právnickou osobu, ale je mu odepřena způsobilost být vlastníkem majetku a dokonce i omezena samostatná odpovědnost za závazky.

3.1. VYMEZENÍ POJMU PODNIK PODLE OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU

Ustanovení § 2 ObchZ výslovně upravuje vztah mezi pojmy podnikání a podnikatel. Toto ustanovení však dále nevyjadřuje vztah těchto dvou pojmů k pojmu podnik, který je bezesporu nezbytný pro fungování obchodu a je považován za ohnisko podnikání. To, jestli se určitá osoba stane podnikatelem, není podle textu zákona podmíněno ani vlastnictvím, ani nájmem, ba ani provozováním podniku¹⁵⁸. Činnost uvedenou v § 2 odst. 1 ObchZ je však i přesto nutno chápat jako provozování podniku. Zákonné vymezení vztahu podnikatele a podniku lze nalézt např. v rakouském zákoníku o podniku (UGB), kde ustanovení § 1 odst. 1 UGB stanoví, že podnikatelem je ten, kdo provozuje podnik.

Tím, že není obchodním zákoníkem jednoznačně stanoven vztah mezi pojmy podnikatel a podnik, nastává jednak otázka, zda každý podnikatel má podnik, ale rovněž i otázka, zda může mít podnik i jiná osoba, než je podnikatel.

Jak jsem již uvedl výše, podnikatel nemusí být pouze vlastníkem podniku, ale také jeho spoluvlastníkem nebo nájemcem. Lze si představit podnikatele, který zahajuje svoji činnost bez dosud existujícího podniku (např. pouze s úvěrem, který slouží k vybudování podniku). Vybudování podniku nebo jeho nezávislé provozování však musí být alespoň cílem podnikatele¹⁵⁹. Jde tedy o výsledek podnikatelské myšlenky podnikatele.

Při odpovědi na první výše uvedenou otázku, zda každý podnikatel má podnik, narážíme na problém především u podnikatelů podle právní formy. Jak jsem již

¹⁵⁸ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005, str. 198

¹⁵⁹ Op. cit. sub. 155 výše, str. 198

uvedl výše, tyto osoby jsou podnikateli na základě toho, že jsou zapsány v obchodním rejstříku, přičemž zde nehraje roli, že nepodnikají a ani podnikat nemohou, protože nemají příslušné podnikatelské oprávnění. Přestože někteří autoři¹⁶⁰ uvádí, že každý podnikatel ve smyslu § 2 odst. 2 ObchZ má podnik, tedy i podnikatel podle právní formy, zastávám názor, že podnik může mít pouze podnikatel, který skutečně podniká, jak stanoví § 2 odst. 1 ObchZ (s výjimkami viz níže). Podnik je totiž organizovaný celek vzniklý za účelem podnikání, tj. mimo jiné i za účelem dosahování zisku¹⁶¹. Podle mého názoru nelze podnikem nazývat celek, který vznikne za jiným účelem, než je podnikání. Ostatně definice podniku uvedená v § 5 odst. 1 ObchZ jednoznačně stanoví, že podnikem se rozumí soubor hmotných, osobních a nehmotných složek podnikání. Při srovnání stejné problematiky s francouzskou právní úpravou zjistíme, že ani zde obchodní společnosti, které jsou podnikateli podle právní formy, nemohou mít tzv. fonds de commerce, neboť podmínkou jeho existence je uskutečňování obchodů (actes de commerce).

Další problematickou skupinou osob z tohoto pohledu jsou osoby, které podnikají neoprávněně (tj. osoby neoprávněně podnikající). Jak jsem již uvedl výše, domnívám se, že tyto osoby nepodnikají, neboť nejsou podnikateli a nesplňují tak podmínku uvedenou v § 2 odst. 1 ObchZ, která stanoví, že podnikání je činnost prováděná podnikatelem. Rovněž definice podniku v ustanovení § 5 ObchZ předpokládá, že podnik tvoří složky podnikání a k podniku náleží hodnoty, které patří podnikateli. Z tohoto by bylo možné dovodit, že ani tyto osoby podnik mít rovněž nemohou. Na druhou stranu je však možné argumentovat, že u těchto osob, přestože svým jednáním porušují právní předpisy tím, že podnikají neoprávněně, tj. bez oprávnění podle živnostenského nebo jiného zákona, nad jeho rámec, popř. pokud jim bylo podnikání zakázáno rozhodnutím soudu či živnostenského (popř. jiného) úřadu, je toto jejich jednání považováno za platné a za jednání podnikatelů, jak vyplývá

¹⁶⁰ Srov. např. Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. Díl I., Codex, Praha 1993, str. 28; Bartošiková M.: O odštěpném závodu, Obchodní právo 9/1995, str. 3; Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Hušek, J., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 4. vydání, C. H. Beck, Praha 2004, str. 130

¹⁶¹ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009, str. 13

z § 3a ObchZ¹⁶². Z tohoto důvodu provozují určitou „podnikatelskou“ činnost (ač neoprávněně) a tudíž, i přesto že tuto činnost nelze považovat za podnikání dle obchodního zákoníku, se domnívám, že lze připustit, že mají i podnik. Narážíme tu opět na negativní důsledek vazby vymezení pojmů podnikání a podnikatel na veřejné právo. Tuto problematiku by rovněž měla vyřešit rekodifikace soukromého práva, která tuto vazbu pravděpodobně opustí.

Nalezneme i další případy, kdy vlastníkem podniku se může stát osoba, která nepodniká, třebaže by z druhé věty § 5 odst. 1 ObchZ bylo možno dovozovat opak. Může se tak stát v případě, kdy podnik koupí či zdědí osoba, která není podnikatelem¹⁶³. Vzhledem k tomu, že takový vlastník podniku není podnikatelem, neboť nezískal příslušné podnikatelské oprávnění, nemůže podnik provozovat. Nic však nebrání tomu, aby podnik např. pronajal na základě smlouvy o nájmu podniku (§ 488b a násl. ObchZ). Nájemcem podniku však dle § 488d ObchZ může být pouze osoba zapsaná v obchodním rejstříku, která má příslušné podnikatelské oprávnění.

Rovněž při převodu podniku v rámci převodu jmění na společníka je na základě § 340 PřemZ vyžadováno, aby přejímající společník byl ke dni podání návrhu na zápis převodu jmění do obchodního rejstříku podnikatelem. Zákon však vyžaduje statut podnikatele pouze ke dni podání návrhu, tedy nebrání tomu, aby přejímající společník následně podnikatelem být přestal, když bude záležet na povaze podnikání nebo povaze jmění, které přejímající společník převzal¹⁶⁴. Otázkou však může být, zda se musí jednat o podnikatele zapsaného v obchodním rejstříku. Tato povinnost výslovně ve výše uvedeném ustanovení stanovena není, ale myslím si, že by ji bylo možné dovodit z ustanovení jiných¹⁶⁵.

Podnik je vymezen v § 5 ObchZ. Toto ustanovení obsahuje dva odstavce. První odstavec se skládá ze dvou vět, jejichž vzájemný vztah není zcela jasný.

¹⁶² Jak již popisují výše v kapitole 1.3.1.3., ustanovení § 3a odst. 1 ObchZ připouští ve větě za středníkem neplatnost právního úkonu z důvodu tzv. podstatného omylu (§ 49a ObčZ). Neplatnost z důvodu podstatného omylu je neplatností relativní ve smyslu § 40a ObčZ a může se jí dovolávat pouze strana takovým omylem dotčená. Pokud se tak nestane, právní úkon se považuje za platný.

¹⁶³ Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 57

¹⁶⁴ Kuhn P., Štenglová I., Bílá I., Havel B., a kol.: Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev. 1. vydání, C. H. Beck, Praha 2010, str. 1006

¹⁶⁵ Zejména § 59 odst. 1 PřemZ stanovuje účinnost přeměny (tedy i převodu jmění na společníka) dnem jejího zápisu do obchodního rejstříku. Rovněž pravidla o zápisu převodu jmění na společníka do obchodního rejstříku (§ 38a odst. 2 ObchZ) a ukládání do sbírky listin (§ 38i odst. 1 písm. e) ObchZ) toto předpokládají.

První věta chápe podnik pro účely obchodního zákoníku jako soubor hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání. Druhá věta stanoví, že k podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku nebo vzhledem ke své povaze mají tomuto účelu sloužit.

Na první pohled zde můžeme odhalit jistou nepřesnost této definice podniku, a to ve smyslu, že majetkové hodnoty patří podnikateli. Jak jsem již uvedl výše, existují totiž případy, kdy vlastníkem podniku bude osoba, která podnikatelem není.

Z výše uvedeného vyplývá, že podnik je předmětem (objektem) právních vztahů, nikoliv jeho subjektem, jak byl chápán dřívější právní úpravou v hospodářském zákoníku. Podnik je nutno charakterizovat jako určitý jednotný majetkový celek, který obsahuje věci, práva a jiné majetkové hodnoty, váže se k podnikateli a slouží k jeho podnikatelské činnosti.

Ve smyslu teoretické konstrukce patří podnik mezi tzv. *universitas iuris*¹⁶⁶. Tímto termínem se označují hromadné věci, pro které je typické, že je konstruuje objektivní právo tím, že určuje, které majetkové hodnoty patří k této věci. V případě podniku totiž obchodní zákoník v § 5 odst. 1 věta druhá stanoví, že je to celek, který je tvořen souhrnem jednotlivých majetkových hodnot spojených tím, že slouží podnikateli k provozování podniku nebo vzhledem ke své povaze mají k tomuto účelu sloužit. Není tedy možné ponechat zcela na vůli podnikatele, jaké majetkové hodnoty do podniku zařadí. V praxi je však takové řešení těžko udržitelné, protože podnikatel jako vlastník podniku může s podnikem nebo jeho jednotlivými částmi disponovat. Nehraje zde roli, zda se jedná o podnikatele – právnickou osobu nebo podnikatele – fyzickou osobu. Základ podniku tvoří podnikatelská myšlenka. Ta spojuje jednotlivé složky podnikání v jednotný a organizovaný celek vytvořený za účelem dosahování zisku.

Definice podniku, i přestože používá slovní spojení „pro účely tohoto zákona“, má širší soukromoprávní dosah a může být použita podle analogie i v jiných právních předpisech, které neobsahují vlastní definici podniku.

Významnou otázkou může být, zda je podnik totožný s obchodním majetkem podnikatele – právnické osoby. Kloním se k názoru, že právnické osoby musí mít

¹⁶⁶ Eliáš, K.: Podnik a dědění podniku, Právní rozhledy, 10/1997, str. 498

nevyhnutelně i majetek, který k podniku nepatří a podnik tedy není totožný s obchodním majetkem ve smyslu § 6 odst. 1 ObchZ. Vždy totiž existují majetkové součásti, které slouží výlučně k provozu společnosti jakožto právního subjektu a jsou od provozu podniku odděleny (např. služební automobily členů představenstva). Při opačném názoru by se dalo dojít až k absurdnímu závěru, že i cena stržená za prodej podniku je jeho součástí a má být předána kupujícímu¹⁶⁷. Tento závěr jednoznačně vyvrací rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 691/2003, neboť uvádí, že závazek kupujícího ze smlouvy o prodeji podniku zaplatit prodávajícímu kupní cenu podniku není závazkem souvisejícím s tímto podnikem¹⁶⁸. Rovněž je problematické považovat za součást podniku některá práva spjatá s osobou podnikatele (např. podnikatelské oprávnění). Podnikatel může také investovat volné finanční prostředky, které nevyužívá ke svému podnikání.

Podle mého názoru tedy obchodní majetek podnikatele – právnické osoby tvoří podnik a současně další aktiva, která do podniku této osoby zahrnout nelze. V současnosti rovněž převládá názor, že podnikatel může mít více jak jeden podnik (viz kapitola 3.1.2. Může mít podnikatel více podniků?). Obchodní majetek také nemůže mít stejný rozsah jako podnik už z toho důvodu, že jde o souhrnné označení množiny prvků, které nejsou na rozdíl od podniku spojeny v jeden právní předmět.

3.1.1. SLOŽKY PODNIKU

První věta § 5 odst. 1 ObchZ definuje podnik jako soubor hmotných, osobních a nehmotných složek podnikání. Podnik jako soubor složek podnikání je v čase proměnlivý, jednotlivé složky se mohou měnit, a tím se mění i hodnota takového podniku. Identita podniku se však nemění.

Z druhé věty § 5 odst. 1 ObchZ vyplývají dvě podmínky, které musí být kumulativně splněny, aby jednotlivé složky byly součástí podniku. Tato věta určuje, které majetkové hodnoty lze považovat za součást podniku a odděluje je od osobního majetku podnikatele.

¹⁶⁷ Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 73

¹⁶⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 691/2003 ze dne 27. 7. 2005, Soudní judikatura 9/2005, str. 710

První podmínkou je vazba na podnikatele. Jednotlivé složky musí patřit podnikateli, kterému patří podnik (výjimky z této koncepce viz výše). Podnikatel je tedy jejich vlastníkem (u věcí) nebo jejich majitelem (u práv a jiných majetkových hodnot), popř. osobou oprávněnou (věřitelem pohledávky)¹⁶⁹. Nemůže tak existovat podnik nezávislý na nějakém podnikateli. To platí i naopak a nemůže tedy existovat podnikatel, který by neměl žádný podnik (dle mého názoru s výjimkou podnikatelů podle právní formy).

Ačkoliv tato věta mluví o podnikateli v singuláru, není pochyb, že podnik může být ve spoluvlastnictví několika osob. Tyto osoby podnikají každý pod vlastní obchodní firmou, popř. názvem nebo jménem a příjmením. Pro podnik však mohou používat společný název.

Druhá podmínka druhé věty ustanovení § 5 odst. 1 ObchZ pojí společný účel těchto jednotlivých složek podniku, neboť určuje, že slouží k provozování podniku nebo alespoň jsou k takovému účelu určeny svou povahou. Není tedy rozhodující, zda skutečně provozu slouží. Mohou totiž nastat situace, kdy podnik z nějakého důvodu (např. hromadná dovolená, výluka, porucha atd.) přestane být provozován. To však nemá na existenci podniku vliv.

Objektivní hledisko vymezení majetku patřícího k podniku, které spočívá v tom, že určité majetkové hodnoty mají svým účelem sloužit k provozování podniku, může skýtat problémy u podnikatelů – fyzických osob, neboť takové osoby mohou tuto majetkovou hodnotu používat pro osobní potřebu a ne pro podnikání. V tomto případě bude záviset na vůli podnikatele, které z věcí, práv a jiných majetkových hodnot bude považovat za součást podniku¹⁷⁰.

Složkami podniku tedy jsou:

a) Hmotná složka:

Hmotnou složkou podniku jsou věci. Mohou jimi být věci movité (určené individuálně i druhově) i nemovité. Pojem věci v právním smyslu není v naší právní úpravě blíže definován, což může vytvářet určité problémy. Občanský zákoník v ustanovení § 118 odst. 1 pouze stanoví, že věci jsou předmětem právních vztahů a v § 119 odst. 1, že se dělí na věci movité a nemovité.

¹⁶⁹ Kolektiv autorů: Obchodní právo. MERITUM – výkladová řada, ASPI, Praha 2005, str. 13

¹⁷⁰ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 21

Právní nauka mezi věci mimo hmotné předměty považuje i ovladatelné přírodní síly¹⁷¹. Jedná se o hodnoty, které postrádají hmotný substrát (např. energie).

Hmotnou složkou podniku budou nejčastěji pozemky, budovy, výrobní stroje, materiál a jiné věci, které spadají do obchodního majetku podnikatele.

b) Osobní složka:

Osobní složku lze chápat jako úroveň podnikatele, jeho řídicí a organizační strukturu, složení a kvalifikační úroveň osob, které jsou k podnikateli vázány právy a povinnostmi z pracovněprávního vztahu. Do této kategorie ovšem spadají i tyto znaky (tj. struktura a kvalifikační úroveň) u osob, jejichž právní vztah k podnikateli a podniku je jiný než pracovněprávní (např. na základě obchodněprávní smlouvy)¹⁷². Na osobní složku nelze pohlížet pouze jako na souhrn osob, které působí v daném podniku, ale je ji mnohem více potřeba spatřovat v personálním substrátu podniku, tedy souhrnu znalostí, schopností a nasazení osob, které se na chodu podniku podílejí, a to jak na pozici managementu a vedoucích zaměstnanců, tak i na pozici řadových zaměstnanců podniku, zejména tam, kde tito zaměstnanci zajišťují činnost podniku na základě svých znalostí, schopností a zkušeností¹⁷³. Osobní složkou je tedy převážně lidská činnost, jíž se realizuje podnikání. Především touto složkou se podnik odlišuje od obvyčejného souboru majetku.

c) Nehmotná složka:

Nehmotné složky podnikání lze rozdělit na práva a jiné majetkové hodnoty. Mezi práva se řadí např. pohledávky, nájemní právo nebo právo k ochranné známce. Jako příklady jiných majetkových hodnot lze uvést obchodní jméno, goodwill, předměty obchodního tajemství, know-how, ochranné známky, patenty, průmyslové a užité vzory, označení původu výrobků nebo klientela.

Není vyloučeno, že u některého podniku nebudou přítomny všechny tři složky podnikání uvedené v § 5 odst. 1 ObchZ. Převážně je uznáván názor, že postačí

¹⁷¹ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Hušek, J., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 4. vydání, C. H. Beck, Praha 2004, str. 128

¹⁷² op. cit. sub. 168 výše, str. 129

¹⁷³ Večeřa J.: Vybrané otázky právní úpravy smlouvy o nájmu (části) podniku, Právní rozhledy 11/2009, str. 381

přítomnost pouze dvou složek, avšak jednou z nich musí být osobní složka¹⁷⁴. Pokud by totiž chyběli lidé, jejichž prostřednictvím se podnikatelská činnost realizuje, nelze hovořit o podniku. Bude však možné, aby hmotná nebo nehmotná složka chyběla.

Nesouladně s tímto názorem se však vyjádřil Nejvyšší soud ČR ve svém rozhodnutí sp. zn. 29 Odo 1058/2003 ze dne 27. 7. 2005 v tom smyslu, že na závěru, zda je předmětem smluvního převodu skutečně podnik (jeho část), pak ničeho nemění ani to, že převádějící nemá zaměstnance, popř. že nemá (jedno z jakých důvodů) uzavřeny obchodní smlouvy (např. s dodavateli nebo odběrateli)¹⁷⁵. Na základě výše uvedeného Nejvyšší soud ČR tedy připustil existenci podniku, který neobsahuje osobní složku. Tímto názorem lze tedy dovodit, že v případě, kdy osobní složku podniku tvoří pouze podnikatel, při převodu tohoto podniku na jinou osobu nebude osobní složka přítomna.

Hodnota podniku se určuje součtem ohodnocení všech jeho složek. Význam má především v případě prodeje nebo nájmu podniku, popřípadě jeho vložení jako vkladu do obchodní společnosti.

Z výše uvedeného vyplývá, že součástí ani příslušenstvím podniku nejsou závazky. Na to pamatuje i obchodní zákoník v úpravě smlouvy o prodeji podniku (§ 476 a násl. ObchZ) a stanoví, že na kupujícího přecházejí i všechny závazky, na které se prodej vztahuje. Předmět smlouvy se tedy netýká pouze podniku, ale je rozšířen i o všechny závazky, které s tímto podnikem souvisejí¹⁷⁶. Podobně je tomu i u vkladu podniku do společnosti (§ 59 odst. 5 ObchZ).

Provozování podniku nekončí prohlášením konkursu na majetek podnikatele a insolvenční správce činí potřebná opatření k zajištění jeho provozu (§ 246 odst. 1 InsolZ). Ukončit provozování podniku může pouze soud rozhodnutím

Po organizační stránce se podnik člení na tzv. organizační složky. Tento pojem zmiňuje obchodní zákoník v § 7, avšak nijak ho nedefinuje ani neurčuje,

¹⁷⁴ Srov. např. Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 56; Švarc, Z. a kol.: Základy obchodního práva, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2005, str. 32

¹⁷⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 1058/2003 ze dne 27. 7. 2005, Soudní judikatura 9/2005, str. 714

¹⁷⁶ Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. Odon 34/93 ze dne 22.12.1994, IS ASPI: JUD 7927 CZ, Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 27.3.1994, IS ASPI: JUD 5154 CZ; Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 21 Cdo 1323/2000 ze dne 25.5.2001, IS ASPI: JUD 22725 CZ

zda podnik lze dělit pouze na ty organizační složky, které jsou zde uvedené¹⁷⁷. Tudíž lze usuzovat, že vytváření, pojmenovávání a hierarchické uspořádání organizačních složek podniku je záležitostí uvážení podnikatele¹⁷⁸.

3.1.2. MŮŽE MÍT PODNIKATEL VÍCE PODNIKŮ?

Skutečnost, že v obchodním zákoníku není jednoznačně vyjádřen vztah mezi podnikatelem a podnikem, vyvolává nejasnosti, ať už jsou to výše popsané otázky, zda má každý podnikatel podnik a zda může mít podnik i osoba od podnikatele odlišná, či další otázka, které se týká tato kapitola.

Jak jsem již uvedl výše, není sporu, zda může být jeden podnik ve společném majetku několika osob. Jednotné však nejsou názory, zda jeden podnikatel může mít více podniků. Podnikatelé totiž mohou podnikat v rozdílných oblastech podnikání s rozdílnou klientelou a je tedy otázkou, zda mohou vytvářet zcela oddělené organismy. Dříve převládal názor, že podnikatel může mít pouze jeden podnik. Toto pojetí však postupně začalo být kritizováno. V současné době se právní obec spíše přiklání k možnosti, že existenci více podniků u jednoho podnikatele lze připustit, ale většinou tak činí s tím, že jednoznačně nevyvrací opačný názor¹⁷⁹.

Zastánci stanoviska, že jeden podnikatel může mít pouze jeden podnik, argumentují tím, že opačný názor není v souladu s ustanovením § 5 ObchZ, jehož právní konstrukce tuto možnost nepřipouští. Dle jejich názoru je podnikem souhrn všech složek podnikání určitého podnikatele ve všech jím provozovaných podnikatelských činnostech. V praxi by totiž bylo velmi obtížné oddělit jednotlivé složky, patřící k té které podnikatelské činnosti (např. v jedné budově lze

¹⁷⁷ Obchodní zákoník vymezuje pouze tři druhy organizačních složek podniku, které považuje za právně významné. Jedná se o odštěpný závod nebo jinou organizační složku podniku zapsanou do obchodního rejstříku (§ 7 odst. 1 a 2 ObchZ), provozovnu (§ 7 odst. 3 ObchZ) a samostatnou organizační složku (§ 487 ObchZ)

¹⁷⁸ Organizační složkou podniku obecně rozumíme určitou místně a organizačně oddělenou a relativně samostatnou část podniku. Ekonomie a teorie řízení znají různé organizační složky podniku tříděné podle různých hledisek. Z hlediska výrobních se může jednat o závody, provozy, dílny nebo pobočky. Z hlediska organizace řízení na úseky, odbory, oddělení či pracovní skupiny. Toto členění závisí na vůli podnikatele, je věcí jeho obchodního vedení a leží ve své podstatě mimo pozornost práva.

¹⁷⁹ Srov. Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Hušek, J., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 4. vydání, C. H. Beck, Praha 2004, str. 130; Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. vydání, Linde, Praha 2003, str. 72

provozovat více druhů činností, materiál lze používat k různým formám podnikání atd.)¹⁸⁰.

Pojetí, že jeden podnikatel může mít jen jeden podnik, začalo však být kritizováno jako věcně nelogické, a to z toho důvodu, že jedním ze základních pojmových znaků podniku je jeho organizace a meze podniku by měly být dány jednotností předmětu, nebo alespoň určitou jeho uceleností. Pokud tedy má podnikatel více na sobě organizačně nezávislých podnikatelských struktur (např. hotel, autoservis) s různou klientelou, pak půjde o několik podniků a nemůže se jednat o podnik jediný. Tyto podniky nebo organizační složky jednoho podniku mohou mít vlastní označení, ale nemohou mít vlastní obchodní firmu, neboť ta je doménou podnikatele a může být tedy jenom jediná¹⁸¹. Tento názor autoři dále opírají o ustanovení § 98 odst. 1 InsolZ, které tuto možnost výslovně stanoví a také o § 21 odst. 3 ObchZ týkající se podnikání zahraničních osob, který s touto možností rovněž počítá¹⁸². Také v evropském unijním právu lze při vymezení pojmu podnik sledovat tendenci k uvolnění vazby mezi podnikatelem a jeho výlučným vlastnickým právem k jedinému podniku¹⁸³.

Objevuje se však i názor, že je pouze na vůli podnikatele, zda se za předpokladu, že provozuje více druhů podnikatelské činnosti a jedná se o na sobě organizačně, prostorově i osobně nezávislé podnikatelské struktury, rozhodne zřídit organizační složky jednoho podniku nebo mít více podniků¹⁸⁴. Podnikatel tedy dle tohoto názoru může provozovat několik druhů podnikatelských činností v rámci jednoho podniku pomocí organizačních složek podniku nebo mít více podniků.

¹⁸⁰ Srov. Dědič, J.: K některým problémům smluv o prodeji podniku, Právní praxe 2/1993, str. 103; Salačová, M.: Podnikání zahraničních osob a obchodní zákoník, IS ASPI: LIT4661CZ

¹⁸¹ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 2. díl, ASPI, Praha 1998, str. 50

¹⁸² Podle § 98 odst. 1 InsolZ je dlužník, který je právnickou osobou nebo fyzickou osobou – podnikatelem, povinen podat insolvenční návrh bez zbytečného odkladu poté, co se dozvěděl nebo při náležité pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku; to neplatí, má-li dlužník ještě jiný podnik.

Podle § 21 odst. 3 ObchZ se podnikáním zahraniční osoby na území České republiky rozumí pro účely tohoto zákona podnikání této osoby, má-li podnik nebo jeho organizační složku umístěnou na území České republiky.

¹⁸³ Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 21

¹⁸⁴ Srov. Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 58; Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009, str. 21

Při srovnání této problematiky s francouzskou právní úpravou zjistíme, že ani zde otázka, zda jedna osoba může mít více fonds de commerce a více klientel, není řešena jednoznačně. Zdá se však být obecně uznávána kladná odpověď s tím, že jako rozhodující pro odlišení jednotlivých fonds de commerce je zde územní kritérium a rovněž rozdílná klientela¹⁸⁵.

Přikláním se k názoru, že lze připustit možnost, aby jeden podnikatel měl více jak jeden podnik, a to ze shora uvedených důvodů, především z toho důvodu, že podnik by měl být organizačně ohraničen předmětem podnikání. Podniká-li tedy podnikatel v různých podnikatelských odvětvích, měl by tak činit (resp. měl by mít možnost tak činit) prostřednictvím více podniků. Sporné ale může být, jaké jsou meze určení hranice, co lze ještě považovat za organizační složku téhož podniku a kdy už půjde o samostatný podnik. Dle mého názoru by se měla v této otázce upřednostnit vůle podnikatele.

V praxi však tato problematika není příliš významná, neboť podnikatel může disponovat nejen s podnikem jako celkem, ale i s jeho částí, pokud tvoří samostatnou organizační složku.

Rekodifikace soukromého práva přinese nové pojetí podniku (nově nazvaného závodem), kde bude více zohledněna vůle podnikatele jako vlastníka závodu, co se týká struktury a obsahu závodu (více viz kapitola 3.4. Vymezení pojmu podnik po rekodifikaci soukromého práva). Ačkoliv tato problematika není ve vládním návrhu nového občanského zákoníku výslovně upravena, lze mít za to, že bude zcela na vůli podnikatele, zda zřídí více závodů či více poboček jednoho závodu.

3.1.3. PODNIK JAKO VĚC HROMADNÁ

Druhý odstavec § 5 ObchZ byl doplněn novelou zák. č. 370/2000 Sb. Toto ustanovení stanoví, že podnik je věc hromadná a na jeho poměry se použijí ustanovení o věcech v právním smyslu. Tím není dotčena působnost zvláštních právních předpisů vztahujících se k nemovitým věcem, předmětům průmyslového vlastnictví, motorovým vozidlům apod., pokud jsou součástí podniku. Druhá

¹⁸⁵ Ripert, G., Roblot, R.: *Traité de droit commercial*. Tome 1, 13. vydání, Paris: LGDJ 1989, str. 433: „Jednotlivé fonds de commerce náležející jednomu obchodníkovi se mohou lišit z hlediska místa podnikání nebo z hlediska druhu výrobků nebo povahy poskytovaných služeb.“

věta § 5 odst. 2 ObchZ se zdá být nadbytečná, protože její obsah již vyplývá z věty první¹⁸⁶.

Tato novelizace odstranila pochybnosti a dohady o základní povaze podniku jako předmětu právních vztahů tím, že jej výslovně kvalifikovala jako věc. Také zavedla do naší zákonné úpravy pojem věci hromadné, neboť obchodní ani občanský zákoník tento pojem neznaly. Došlo tedy i k nepřímé novelizaci občanského zákoníku a jde o zcela nový druh věci v právním smyslu.

Věc hromadná není zákonně definována, doktrínou je však vymezována jako soubor věcí, kde jednotlivé věci, které hromadnou věc tvoří, svou vnitřní vazbou a vzájemným propojením sledují společný účel¹⁸⁷. Zákonnou definici hromadné věci by měla přinést rekodifikace soukromého práva. Vládní návrh nového občanského zákona totiž v § 472 stanoví, že hromadnou věc tvoří a za celek se pokládá soubor jednotlivých věcí náležejících téže osobě, považovaný za jeden předmět a jako takový nesoucí společné označení. Je zde patrné, že nová definice hromadné věci (na rozdíl od dřívějšího pojetí) neklade takový důraz na společný účel jednotlivých věcí, které tvoří hromadnou věc.

Pro podnik jako hromadnou věc je charakteristické, že se skládá ze samostatných částí dohromady scelených za společným účelem, kterým je realizace podnikání. Mohou však mít samostatný právní režim. Dále je pro něj charakteristické, že je tvořen i jinými složkami podnikání než věcmi, je proměnlivý v čase a změny v jeho obsahu nemají vliv na jeho existenci. Jednotlivé složky podniku mají navzájem souřadné postavení (tj. neexistuje mezi nimi podřazenost či větší významnost některé ze složek).

Ustanovení § 5 odst. 2 ObchZ ve své třetí větě pamatuje na některé majetkové hodnoty podniku, které podléhají zvláštnímu zákonnému režimu. Tato věta výslovně uvádí nemovitě věci, předměty průmyslového a jiného duševního vlastnictví, motorová vozidla, pokud jsou součástí podniku. Jedná se o výčet demonstrativní. Jako další příklad by se daly uvést některé chemické látky

¹⁸⁶ Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 10. vydání, C. H. Beck, Praha 2005, str. 17

¹⁸⁷ Švestka, J., Jehlička, O., Škárová, M., Spáčil, J. a kol.: Občanský zákoník. Komentář, 10. vydání, C. H. Beck, Praha 2006, str. 454

a výbušniny¹⁸⁸. Jde především o úpravu nabývání vlastnického práva k takovýmto hodnotám.

Zvláštní právní principy týkající se těchto součástí podniku zůstávají nedotčeny tím, že byl podnik prohlášen za věc v právním smyslu. Tato práva tedy nepřecházejí na nabyvatele automaticky s podnikem, ale je potřeba splnit podmínky stanovené zvláštními právními předpisy. V případě nemovitostí to bude vklad vlastnického práva k nemovitostem, u předmětů průmyslového a jiného duševního vlastnictví pak zápis do příslušného rejstříku vedeného Úřadem průmyslového vlastnictví.

Ustanovení § 5 odst. 2 ObchZ používá pojem součást podniku. Tímto pojmem je třeba rozumět majetkovou hodnotu podniku a nelze ho podřazovat pod pojem součást věci, neboť tato majetková hodnota se může narozdíl od součásti věci oddělit, aniž by se tím podnik znehodnotil (tj. přestal být podnikem).

Vymezení podniku jako věci mimo jiné znamená i to, že k podniku existuje právo vlastnické a přirozeně i právo spoluvlastnické, ať už jde o spoluvlastnictví podílové nebo společné jmění manželů. Podnik je předmětem soukromoprávních vztahů a jeho vlastník je oprávněn disponovat s podnikem tak, jak vymezuje § 123 ObčZ, tedy podnik držet, užívat, brát z provozu podniku plody a užítky a nakládat s ním. S podnikem (popř. s jeho částí) lze smluvně disponovat jednak tak, že dojde k převodu podniku na jinou osobu (např. smlouva o prodeji podniku podle § 476 a násl. ObchZ) nebo naopak způsobem, že taková smlouva nebude mít za následek změnu vlastníka podniku (např. smlouva o nájmu podniku podle § 488b a násl. ObchZ).

Zákonem i judikaturou však zůstává v našem právním řádu neupravená otázka, zda lze vlastnické právo k podniku vydržet. Ustanovení § 134 ObčZ upravuje pouze vydržení věcí movitých a nemovitých, což podnik jakožto věc hromadná nesplňuje. Z tohoto by se dalo dovodit, že vlastnické právo vydržením lze nabýt pouze k věcem movitým a nemovitým. Toto jistě neplatí pro případy, když zákon výslovně stanoví, že se na jiné předměty právních vztahů přiměřeně použijí ustanovení o věcech movitých a nemovitých, tedy že se tyto předměty právních vztahů pro účely konkrétních právních předpisů považují za věci movité

¹⁸⁸ Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Hušek, J., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 4. vydání, C. H. Beck, Praha 2004, str. 126

či nemovitě¹⁸⁹. Tak je tomu například u cenných papírů (§ 1 odst. 2 zák. č. 591/1992 Sb., o cenných papírech) nebo v případě bytů a nebytových prostor (§ 3 odst. 2 zák. č. 72/1994 Sb., o vlastnictví bytů). V případě podniku však obchodní zákoník v § 5 odst. 2 stanoví, že podnik je věc hromadná a na jeho právní poměry se použijí ustanovení o věcech v právním smyslu.

To znamená, že při jazykovém výkladu ustanovení § 134 ObčZ a § 5 odst. 2 ObchZ je možné dojít k závěru, že podnik nelze podřadit pod věc movitou či nemovitou a z tohoto důvodu nabýt vlastnické právo k podniku jako celku vydržením nelze. To však nijak nebrání vydržení jednotlivých movitých a nemovitých věcí¹⁹⁰.

Tento striktní závěr však neodpovídá potřebám praktického života, neboť lze nalézt případy, u kterých by bylo vhodné institut vydržení použít. Jako typický takový případ lze uvést obchodní podíl. Je zcela nepochybné, že obchodní podíl nesplňuje podmínky pro vydržení shora uvedené, avšak dle judikatury soudů však vydržením lze¹⁹¹. Nejvyšší soud ČR ve svých rozhodnutích připouští analogické použití úpravy vydržení věcí movitých i na obchodní podíl a mimo jiné odkázal ve svých závěrech na teleologický výklad úpravy držby a vydržení za použití zásad, na kterých spočívá obchodní zákoník (zejména na zásadu právní jistoty obchodněprávních vztahů). Poukázal rovněž na skutečnost, že odmítnutí možnosti vydržením obchodní podíl by znamenalo poskytnout osobám, které jsou v dobré víře, že se staly společníky společnosti s ručením omezeným, menší míru ochrany a také menší míru právní jistoty, než osobám, které jsou v dobré víře v tom, že jsou vlastníky akcií. Takový závěr není podle Nejvyššího soudu ČR možný, neboť pro takové omezení ochrany není v obchodním ani občanském zákoníku žádný podklad.

Z výše uvedených rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR lze tedy dovodit, že analogické nabytí vlastnického práva vydržením je tedy v určitých případech možné. Otázkou však nadále zůstává, jestli lze takto postupovat i u podniku a pokud ano, jak by se při vydržení podniku postupovalo.

¹⁸⁹ Fiala, J., Kindl, M. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. I. díl. 1. vyd., Wolters Kluwer ČR a.s., Praha, 2009, str. 422

¹⁹⁰ Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002, str. 59

¹⁹¹ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 1216/2005 ze dne 28.8.2007, IS ASPI: JUD 99761 CZ; Usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 29 Odo 794/2006 ze dne 3.10.2007, IS ASPI: JUD 102704 CZ;

Podnik má nepochybně ke splnění podmínek uvedených v § 134 ObčZ blíže než obchodní podíl, protože je obchodním zákoníkem vymezen jako hromadná věc a je stanoveno, že na jeho právní poměry se použijí ustanovení o věcech v právním smyslu, tzn. že k němu mimo jiné existuje vlastnické právo a rovněž držba.

Problematické se mi však jeví skutečnost, že podnik je věc hromadná, jejíž součástí mohou být věci movité i nemovité. Podle mého názoru nelze podnik prohlásit pro účely vydržení za věc movitou tak, jak bylo vysloveno v případě obchodního podílu, neboť jeho součástí mohou být i nemovitosti. Opačně (tj. prohlášením podniku za věc nemovitou) pravděpodobně postupovat rovněž nelze, neboť jistě existují podniky, které žádné nemovité věci neobsahují.

Myslím, že z praktického hlediska by byla možnost nabytí vlastnického práva k podniku vydržením jistě vhodná, a to ze stejných důvodů jako v případě obchodního podílu. Za současné situace však připuštění kladné odpovědi vyvolává další otázky, což rovněž k zásadě právní jistoty obchodněprávních vztahů příliš nevede. Proto bych doporučoval tuto problematiku výslovně zákonně upravit, a to tak, že bych nabytí vlastnického práva vydržením rozšířil i na věci hromadné. Při pohledu na institut vydržení ve vládním návrhu nového občanského zákoníku však zjistíme, že k tomu pravděpodobně v nejbližší době nedojde, neboť ani ten neupravuje vydržení hromadných věcí¹⁹².

3.2. SROVNÁNÍ POJMU PODNIK S PRÁVNÍ ÚPRAVOU FRANCOUZSKOU, NĚMĚCKOU A RAKOUSKOU

Stejně jako pojem obchodník i pojem podnik nemá v jednotlivých zemích stejný význam. Do různých koncepcí podniku navíc zasahuje evropské unijní právo.

Francouzské obchodní právo používá pro označení podniku termín *fonds de commerce*. Vedle tohoto termínu však zná pro označení podniku i termíny jiné. Jednak je to termín *enterprise*, který používá i evropské unijní právo a dále termín

¹⁹² Ustanovení § 1027 NObčZ zmiňuje pouze vydržení movitých a nemovitých věcí.

fonds agricol pro podniky zemědělské nebo fonds artisanal pro podniky řemeslnické.

Pojem fonds de commerce je na rozdíl od pojmu enterprise jednoznačně chápán jako předmět, resp. jako majetek podniku. Jeho výklad lze nalézt v kapitolách o majetku podniku. Fonds de commerce není v žádném francouzském zákoně definován, jde však o ryze právní pojetí podniku a jeho obsah je ve francouzském právu chápán zcela jednoznačně¹⁹³.

Fonds de commerce je francouzskou doktrínou chápán jako tzv. faktická univerzalita, což odpovídá naší hromadné věci. Za převahující stanovisko lze považovat, že jeho základním prvkem je obchodní klientela, na níž navazují prvky další, kterými jsou práva (právo nájmu nebytových prostor, právo k obchodnímu názvu a štítu, právo k ochranné známce) a dále materiál a zboží¹⁹⁴. Objevují se však i názory, že fonds de commerce tvoří pouze klientela¹⁹⁵. Lze si tedy představit fonds de commerce bez jednotlivých prvků, ale klientela musí být přítomna vždy.

Všechny názory se však shodují, že fonds de commerce je movitou nehmotnou věcí, tvořenou z prvků tělesných a netělesných a jeho součástí nikdy není vlastnické právo k nemovitostem. Podmínkou existence fonds de commerce je klientela a uskutečňování obchodů (actes de commerce). Z toho vyplývá, že fonds de commerce může provozovat pouze obchodník, nikoliv řemeslník, zemědělec, příslušník svobodného povolání, obchodník podle formy, který neuskutečňuje obchody, nebo jiná osoba, která není považována za obchodníka.

Klientela je prvkem netělesným a je považována za podstatu fonds de commerce. Není však v žádném francouzském zákoně definována. Může být chápána jako soubor osob, které jsou zvyklé zásobovat se u určitého obchodníka¹⁹⁶. Obchodník však nemá výlučné právo na klientelu a musí strpět konkurenci. Od klientely se někdy odlišuje okruh osob, jenž nakoupí u obchodníka pouze příležitostně, popř. jenom jednou (tzv. achalandage). I tento

¹⁹³ Ripert, G., Roblot, R.: *Traité de droit commercial*. Tome 1, 14. vydání, Paris: LGDJ 1991, str. 452: „Fonds de commerce je netělesné vlastnictví spočívající v právu na klientelu, která je vázána na prvky sloužící k provozu. Tyto prvky jsou povahy hmotné nebo nehmotné.“

¹⁹⁴ Pelikánová, I. a kol.: *Obchodní právo*. 2. díl. 2. přepracované vydání, ASPI, Praha 1998, str. 44

¹⁹⁵ Ripert, G., Roblot, R.: *Traité de droit commercial*. Tome 1, 13. vydání, Paris: LGDJ 1989, str. 429: „Mnoho autorů považuje klientelu za jeden z prvků fonds de commerce. Je to však jasný omyl. „Le fonds“ není nic jiného než právo na klientelu. Není-li klientela, není ani fonds de commerce.“

¹⁹⁶ Lemeunier, F.: „Fonds de commerce“. J. Delmas et Cie, str. 17

okruh osob patří mezi prvky fonds de commerce. Klientelu lze také charakterizovat jako soubor osob, které jsou ochotny vstoupit do smluvních vztahů s obchodníkem¹⁹⁷.

Pojem enterprise je ve francouzském právu vymezen velice nejednoznačně. Často bývá používán v personifikovaném významu, někdy jde pouze o předmět (např. u prodeje podniku – cession d'enterprise). Nejčastěji je chápán jako ekonomická jednotka, ale zajisté je i pojmem právním, neboť vstupuje do mnoha zákonných textů. Přestože se francouzské právo brání jednoznačné definici pojmu enterprise, bývá na něj nahlíženo jako na autonomní organizaci, která koordinuje souhrn faktorů (přirozené činitele, kapitál, práci) s cílem produkovat pro trh určité statky a služby¹⁹⁸.

Pojetí podniku je v německé právní úpravě na rozdíl od právní úpravy francouzské poměrně pružné a ne zcela precizně vymezené. Německý právní řád obsahuje pouze minimální právní úpravu podniku. Toto vyjadřuje zřetelný příklon k subjektivnímu principu obchodního práva, neboť německá právní úprava klade důraz zejména na vymezení obchodníka. Pro podnik se zde používají různé termíny (unternehmen, betriebs), jejichž význam není pevně určen a leckdy je chápán i v personifikovaném významu¹⁹⁹.

Do konce roku 2006 platil v Rakousku německý obchodní zákoník (HGB). Následně však Rakousko vyšlo vlastní cestou a přijalo Zákoník o podniku (UGB). Podnik je zde nově definován v § 1 odst. 2 UGB. Podnikem je podle tohoto ustanovení každá organizace samostatné hospodářské činnosti založená na dlouho, i když jejím cílem není dosažení zisku. Na první pohled je tu zřejmý rozdíl od naší právní úpravy, neboť se za podnik považuje i taková trvale zřízená organizace se samostatnou hospodářskou činností, jejímž účelem není dosažení zisku.

3.3. PODNIK A SPOLEČNOST V PRÁVU EVROPSKÉ UNIE

Termín podnik je v evropském unijním právu používán spíše ve smyslu ekonomickém z hlediska jeho funkce nebo z hlediska organizačního. Podnik není

¹⁹⁷ Memento pratique Francis Lefebvre. Droit des affaires 1990, str. 859

¹⁹⁸ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 2. díl. 2. přepracované vydání, ASPI, Praha 1998, str. 69

¹⁹⁹ Pelikánová, I.: Úvod do srovnávacího práva obchodního, C. H. Beck, Praha 2000, str. 71

v unijním právu legislativně definován i přesto, že je používán jak ve Smlouvě o fungování Evropské Unie (dříve Smlouva o založení Evropského společenství), tak i v pramenech sekundárního práva²⁰⁰. Vymezení podniku se tak postupně vyvíjelo judikaturou evropských soudů a aplikační praxí v oblasti soutěžního práva. Základní definici podniku lze nalézt v rozhodnutí Evropského soudního dvora, kde je chápán jako každá jednotka vykonávající hospodářskou činnost bez ohledu na její právní formu či způsob financování²⁰¹.

Uplatnění tento pojem nachází zejména v rámci evropského soutěžního práva. Podnik plní roli adresáta právních norem evropského práva ochrany hospodářské soutěže. Podobnou roli plní v českém právu pojem soutěžitel, jehož definici nalezneme v § 2 odst. 1 zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže²⁰².

Zatímco v českém právu je rozhodujícím kritériem pro určení hranice podniku majetková a podnikatelská sféra jednoho vlastnického subjektu, u podniku v unijním právu dochází k abstrakci od subjektu a takovouto hranicí je autonomie rozhodování. Uplatňuje se zde vazba obchodněprávního režimu vztahu spíše na podnik než na majitele podniku (podnikatele, obchodníka). Tímto se evropské unijní právo odlišuje od právní úpravy v ČR i většiny evropských zemí, kde se klade důraz spíše na podnikatele (obchodníka). Současným trendem ve vyspělých zemích je totiž příklon k subjektivnímu principu a obchodní právo se tak stále více stává právem určité profesní skupiny (právem podnikatelů, obchodníků).

Podnik tak může náležet celé skupině subjektů (společností) za předpokladu nedostatku autonomie jednotlivých osob. U takových společností nemůže být uplatněn článek 101 Smlouvy o fungování EU (dříve čl. 81 Smlouvy o ES), týkající se zakázaných dohod (kartelů), neboť se nejedná o vztahy mezi více podniky, ale o vztahy uvnitř jednoho podniku. Stejně jednání by se ale mohlo posoudit jako zneužívání dominantního postavení podle článku 102 Smlouvy o fungování EU (dříve čl. 82 Smlouvy o ES).

²⁰⁰ Např. v nařízení Rady č. 1/2003, o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 SES nebo nařízení Rady č. 139/2004, o kontrole spojování podniků.

²⁰¹ Rozhodnutí ESD ve věci Höfner & Elser v. Macrotron GmbH, č. C-41/90 [1991] ECR I-1979, odst. 21

²⁰² Kindl, J.: Podnik nebo soutěžitel ... záleží na tom?, Právní rozhledy 5/2006, str. 161

Definičním prvkem podniku je ekonomická samostatnost, což znamená, že za jediný podnik ve smyslu pravidel hospodářské soutěže bude považováno i více samostatných jednotek, jestliže je lze vnímat na základě jejich vzájemného vztahu jako jednu ekonomickou jednotku (např. dceřiné společnosti v rámci koncernu)²⁰³.

Z rozhodovací praxe evropských soudů je zřejmé, že koncepce podniku v evropském unijním právu umožňuje přičíst odpovědnost subjektu, který skutečně svým rozhodnutím zapříčinil deliktní jednání i pokud konkrétního porušení práva se dopustil subjekt jiný. Tak je tomu např. ve vztahu mateřská a dceřiná společnost. Právní odpovědnost může být také vyvozena proti právnímu nástupci takového subjektu²⁰⁴.

Podnik je tedy stejně jako v našem právu pojímán jako předmět. Může být spjat s jedním nebo i s celou skupinou subjektů, kde rozhodujícími kritérii jsou ekonomická aktivita, ucelenost a jednota. Jednota podniku, kterou se rozumí jednota zájmová a jednota organizační a rozhodovací, zůstává zachována i v případě právního nástupnictví, což je koncepce odlišná od našeho práva, kde povinnosti sankční povahy nepřecházejí na právní nástupce.

V právním smyslu je v evropském unijním právu právním subjektem společnost. Společnosti vymezuje článek 54 Smlouvy o fungování EU (dříve čl. 48 Smlouvy o ES), který stanoví, že společnostmi se rozumějí společnosti civilního nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou společností, které nesledují lukrativní cíl.

Toto vymezení je velice široké, neboť zahrnuje všechny ekonomicky činné právnické osoby soukromého a veřejného práva. Lze zde vyvodit dva pojmové znaky společnosti, kterými jsou právní subjektivita a lukrativní cíl.

Vztah mezi podnikem a společností v evropském unijním právu je takový, že podnik vyjadřuje kritérium, které aplikujícímu orgánu ukáže na společnost (tj. právní subjekt), jíž je třeba uložit sankci, protože právě ona je nositelem odpovědnosti²⁰⁵.

²⁰³ Rozhodnutí Soudu prvního stupně ve věci Shell v. Komise ze dne 10.3.1992, případ č. T 11/89, [1992] ECR II-757, odst. 311, 312

²⁰⁴ Rozsudek ESD ze 7. ledna 2004 ve věci Aalborg Portland proti Komisi (C-204/00)

²⁰⁵ Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 2. díl. 2. přepracované vydání, ASPI, Praha 1998, str. 101

3.4. VYMEZENÍ POJMU PODNIK PO REKODIFIKACI SOUKROMÉHO PRÁVA

Stejně jako pojem podnikatel bude i pojem podnik, resp. nově závod, po rekodifikaci soukromého práva vymezen v novém občanském zákoníku. Dochází zde ke změnám nejen obsahovým, ale i změnám pojmovým.

Nový občanský zákoník bude používat namísto pojmu podnik pojem závod, jeho složky budou nazývány pobočkami. Změna termínu je zde zřejmě dána nejen z historických důvodů, ale také kvůli obsahovému posunu pojmu podnik směrem k subjektivizaci. Rovněž evropské unijní právo používá pojem podnik, který se svým obsahem liší od našeho současného pojetí podniku.

Obsah podniku je v současné právní úpravě leckdy chápán jako daný zákonem, aniž by se při tom příliš zohledňovala vůle podnikatele. Závod je ve vládním návrhu nového občanského zákoníku definován v § 473 jako podnikatelem vytvořený organizovaný soubor jmění, který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Obsah pojmu závod bude nově chápán více otevřeně a s větším důrazem na vůli jeho vlastníka (podnikatele), neboť ten vymezuje nejen strukturu závodu, ale také jeho obsah. Vychází se tedy z pojetí, že k obchodnímu závodu patří ty věci, které podnikatel vůlí vymezil (ať výslovně, ať jen fakticitou používání) - rozhodná je tedy skutečnost, nikoli evidence²⁰⁶. Pro ochranu třetích osob se v § 473 NObčZ formuluje vyvratitelná domněnka, že závod vytváří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu.

Z výše uvedené definice lze vyvodit, že na závod se především nahlíží jako na majetkovou hodnotu. I přesto, že výslovně tato otázka ve vládním návrhu občanského zákoníku upravena není, lze dle mého názoru z takové koncepce závodu dovodit, že vlastníkem závodu se za určitých okolností může stát i osoba, která podnikatelem není (např. dědic). Tato osoba, ačkoliv není způsobilá provozovat závod, může tento např. propachtovat. Tento závěr ostatně připouští i současná právní úprava podniku (viz str. 68 této práce).

Z definice pojmu závod také vyplývá, že nově jsou součástí závodu vedle majetku i dluhy (tj. jmění). Další změnou je opuštění výslovné definice závodu jako hromadné věci, což se jeví jako krok zpět. Umístění definice závodu

²⁰⁶ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu občanského zákoníku, str. 122

ve vládním návrhu občanského zákoníku ihned za ustanovení definující hromadnou věc, samotná definice hromadné věci i samotné pojetí závodu ovšem napovídá, že i po rekodifikaci soukromého práva bude na závod pohlíženo jako na věc hromadnou.

Nová definice klade důraz na závod jakožto soubor jmění, přičemž opouští pohled na závod jako na soubor hmotných, osobních a nehmotných složek podnikání. Zejména osobní složka je v nové koncepci opomíjena, zřejmě je v novém pojetí závodu přiřazena k tzv. nehmotným statkům.

ZÁVĚR:

Ve své práci jsem se snažil o co nejvýstižnější vymezení a vzájemné propojení pojmů podnikatel, podnikání a podnik. Tato problematika je svým obsahem velice široká, dotýká se velkého množství společenských vztahů a nelze ji v rozsahu rigorózní práce celou postihnout. Zaměřil jsem se proto na nejdůležitější skutečnosti, které s danou problematikou souvisí. Některými instituty, jež se dotýkají dané problematiky, jako např. obchodní firma podnikatele, obchodní majetek, sídlo a místo podnikání, jednání podnikatele, dispozice s podnikem nebo organizační složky podniku se v této práci nezabývám, popř. zabývám pouze povrchně. Rovněž se detailně nezabývám veřejnou stránkou podnikání (právní podmínky podnikání, překážky podnikání, vznik a zánik podnikatelského oprávnění atd.).

Cílem této práce bylo především zodpovědět otázky, které se vyskytují při výkladu těchto pojmů (jako například zda podniká pouze podnikatel, zda má každý podnikatel podnik, zda může mít podnikatel více podniků, zda může být vlastníkem podniku i osoba jiná než podnikatel, zda lze podnik vydržet atd.), poukázat na problematická místa současné právní úpravy (např. vazba definice podnikatele a podnikání na veřejné právo, zda lze činnost určitých osob považovat za podnikání, problematika podnikatelů podle právní formy apod.) a poukázat na některé neshody jednotlivých autorů při jejich výkladu.

V některých případech se snažím o nastínění rozdílů mezi dřívější a současnou právní úpravou a také o srovnání naší právní úpravy s právní úpravou zahraniční k získání poznatků, jakým směrem se daná problematika ubírá.

Daná problematika je postižena řadou novel. V současné době se však pracuje na rekodifikaci soukromého práva. Tato rekodifikace se bude samozřejmě týkat i této problematiky, měla by ji upřesnit a zjednodušit.

SEZNAM KLÍČOVÝCH SLOV:

- **Podnikatel** – Entrepreneur
- **Podnikání** - Business activity
- **Podnik** – Enterprise

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK:

1. ZKRATKY PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ:

InsolZ – zák. č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)

Listina – Listina základních práv a svobod

MPSaP – zák. č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním

NObčZ – vládní návrh nového občanského zákoníku

NObchZ – vládní návrh zákona o obchodních společnostech a družstvech (o obchodních korporacích)

ObchZ – zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník

ObčZ – zák. č. 40/1964 Sb., občanský zákoník

OSŘ – zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád

PřemZ - zák. č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev

PřestZ – zák. č. 200/1990 Sb., o přestupcích

StP – zák. č. 77/1997 Sb., o státním podniku

TZ – zák. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník

Ústava ČR – úst. zák. č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky

ZamZ – zák. č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti

ZP – zák. č. 262/2006 Sb., zákoník práce

ŽivZ – zák. č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon)

2. OSTATNÍ ZKRATKY:

Boh. Adm. – Sbírka nálezů Nejvyššího správního soudu ve věcech administrativních (tzv. Bohuslavova sbírka)

ČNB – Česká národní banka

EHP – Evropský hospodářský prostor

EHZS – Evropské hospodářské zájmové sdružení

ESD – Evropský soudní dvůr

R – rozhodnutí ze Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu ČR

s.r.o. – společnost s ručením omezeným

Sb. rozh. tr. – Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek - část trestní

ÚS Nál. – Ústavní soud. Sbírka nálezů a usnesení, C. H. Beck, Praha

SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY:

1. LITERATURA MONOGRAFICKÁ:

Bartošíková, M. a kol.: Základy obchodního práva. 2. přepracované a doplněné vydání, Prospektrum, Praha 1998

Bejček, J., Faldyna, F., Hajn, P.: Obchodní zákoník s komentářem. I. Díl, Codex, Praha 2000

Bělina, M. a kol.: Zákoník práce. Komentář. 2. vydání. C.H.Beck. Praha 2010

Bičíková, O.: Zákon o zaměstnanosti. Přehled komentovaných novelizací od 1.10.2004 do 31.5.2007, Linde, Praha 2007

Boháček, M.: Základy amerického obchodního práva, Linde, Praha 2007

Černá, S. (ed.): Pocta Stanislavu Plívovi k 75. narozeninám, ASPI, Praha 2008

Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. Díl I., Polygon, Praha 2002

Dědič, J., Kotoučová, J. (ed.): Podnikatel a rektifikace obchodního práva, Vysoká škola aplikovaného práva, Praha, 2009

Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Hušek, J., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 4. vydání, C. H. Beck, Praha 2004

Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání, C. H. Beck, Praha 2007

Eliáš, K., Bejček, J., Raban, P. a kol.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 4. vydání, C. H. Beck, Praha 2007

Eliáš, K. a kol.: Obchodní zákoník. Praktické poznámkové vydání s výběrem judikatury od r. 1900. 4. přepracované a rozšířené vydání, Linde, Praha 2004

Fessl, V.: Abeceda německého obchodního práva. 150 nejpoužívanějších pojmů s vysvětlivkami, Linde, Praha 1997

Fiala, J., Kindl, M. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. I. díl. 1. vyd., Wolters Kluwer ČR a.s., Praha, 2009

Horzinková, E.: Živnostenský zákon v praxi 2006/2007. 6. aktuální vydání, ANAG, Praha 2006

Horzinková, E.: Živnostenský zákon v praxi 2008/2009. 7. aktualizované vydání, ANAG, Praha 2008

- Horzinková, E., Urban, V.: Živnostenský zákon a předpisy související s komentářem a příklady. 11. aktualizované a doplněné vydání podle stavu k 1. 1. 2006, Linde, Praha 2006
- Horzinková, E., Urban, V.: Živnostenský zákon a předpisy související s komentářem a příklady. 12. aktualizované a doplněné vydání podle stavu k 1. 7. 2008, Linde, Praha 2008
- Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 1. vydání., Legis, Praha 2009
- Kleinová, Z.: Živnostenský zákon s komentářem, vzory a judikaturou, Computer Press, Praha 2002
- Kobliha, I. a kol.: Obchodní zákoník s komentářem, Linde, Praha 2006
- Kolektiv autorů: Obchodní právo. MERITUM – výkladová řada, ASPI, Praha 2005
- Kolektiv autorů: Podnikání. MERITUM – výkladová řada, ASPI, Praha 2007
- Kuhn P., Štenglová I., Bílá I., Havel B., a kol.: Zákon o přeměnách obchodních společností a družstev. 1. vydání, C. H. Beck, Praha 2010
- Mestre, J.: Francouzské obchodní právo, Orac, Praha 2002
- Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. Díl I., Codex, Praha 1993
- Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 1. díl, ASPI, Praha 2005
- Pelikánová, I. a kol.: Obchodní právo. 2. díl. 2. přepracované vydání, ASPI, Praha 1998
- Pelikánová, I.: Úvod do srovnávacího práva obchodního. Obecné otázky, kodifikace a dekodifikace, základní pojmy, společnosti a obchodní společnosti, C. H. Beck, Praha 2000
- Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. část. 3. aktualizované a doplněné vydání podle právního stavu k 1. 4. 2003, Linde, Praha 2003
- Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 1. díl. 4. aktualizované vydání, ASPI, Praha 2004
- Plíva, S.: Obchodní závazkové vztahy, ASPI, Praha 2006
- Plíva, S. a kol.: Změny v obchodním právu, Orac, Praha 2003
- Pohl, T.: Abeceda obchodního práva pro podnikatele, ASPI, Praha 2001
- Poillot-Peruzzetto, S., Luby, M., Svoboda, P.: Evropské právo a podnik, Linde, Praha 2003
- Pokorná, J.: Subjekty obchodního práva. Vybrané problémy, Masarykova Univerzita, Brno 1997

- Pokorná J., Kovařík Z., Čáp Z. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Wolters Kluwer ČR a.s., Praha 2009
- Pospíšilová, A.: Právní postavení podniku. Vysoká škola aplikovaného práva, Praha, 2003
- Raban, P.: Obchodní zákoník. 4. vydání, Eurounion, Praha 2006
- Ripert, G., Roblot, R.: Traité de droit commercial. Tome 1. 14. vydání. Paris: LGDJ 1991
- Staša, J., Srbová, I.: Zákon o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) a předpisy související. Komentář. 4. doplněné a přepracované vydání, C. H. Beck, Praha 2005
- Štenglová, I. (ed.): Pocta Miloši Tomsovi k 80. narozeninám, Aleš Čeněk, Plzeň 2006
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 10. podstatně rozšířené vydání, C. H. Beck, Praha 2005
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Dodatek ke komentáři. 10. podstatně rozšířené vydání, C. H. Beck, Praha 2005
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 11. vydání, C. H. Beck, Praha 2006
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání, C. H. Beck, Praha 2009
- Švarc, Z. a kol.: Základy obchodního práva, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2005
- Švestka, J., Jehlička, O., Škárová, M., Spáčil, J. a kol.: Občanský zákoník. Komentář, 10. vydání, C. H. Beck, Praha 2006
- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I §1 – 459, Komentář, 1. vydání, C.H.Beck, Praha 2008
- Wöhe, G.: Úvod do podnikového hospodářství, C. H. Beck, Praha 1995

2. ČASOPISECKÁ LITERATURA:

- Alexander, J.: Prodej podniku, souhlas akcionářů a výklad § 67a ObchZ, Právní rozhledy 21/2006, str. 787
- Bartošíková, M.: O odštěpném závodu, Obchodní právo 9/1995, str. 2
- Bělina, M.: Zrušení zákazu švarcsystému? Právní zpravodaj 8/2005, str. 8

Čech, P.: Epilog k výkladu pojmu „část podniku“ v § 67a obchodního zákoníku, Právní rádce 3/2009, str. 22

Čech, P.: Ještě k neplatnosti pro rozpor se zákonem, Právní fórum 3/2009, str. 95

Čech, P.: K některým úskalím převodu obchodního podílu I, Právní rádce 5/2007, str. 16

Čech, P.: Kdy použít obchodní zákoník a kdy jen občanský zákoník I, Právní rádce 12/2007, str. 22

Čech, P.: Několik doplňujících poznámek k výkladu § 67a ObchZ, Právní rozhledy 7/2007, str. 254

Čech, P.: Vymezení části podniku a působnost valné hromady, Právní rádce 11/2006, str. 4

Dědič, J.: K některým problémům smluv o prodeji podniku, Právní praxe 2/1993, str. 103

Dědič, J., Kubík, M., Zrzavecký, J.: Významné změny, které přináší novela obchodního zákoníku, Právní rozhledy 11/2000, str. 483

Dobeš, P.: Několik poznámek k převodu (části) podniku, Právní rozhledy 19/2007, str. 707

Dušanek, F.: Živnostenský zákon a navazující předpisy. I. část, Právní praxe v podnikání 5/1993, str. 1

Dvořák, T.: Dispozice s podnikem, Právní rozhledy 3/2003, str. 120

Eliáš, K.: Glosa k otázce podnikatele podle právní formy, Právo a podnikání 11/1993, str. 12

Eliáš, K.: Ještě dvě poznámky k podnikateli podle právní formy, Právo a podnikání 4/1994, str. 20

Eliáš, K.: K vymezení podniku v českém obchodním zákoníku, Právní rozhledy 3/1993, str. 75

Eliáš, K.: Podnik a dědění podniku, Právní rozhledy 10/1997, str. 497

Faldyna, F.: K problematice pojmu podnikatel a podnikání, Právo a podnikání 9/1993, str. 2

Faldyna, F.: Příspěvek k pojmům podnikatele a podnikání, Obchodní právo 10/1999, str. 2

Fischer, R.: K problematice odštěpných závodů, Právní rozhledy 1/1998, str. 22

Guoth, J.: K pojmům obchodního majetku a obchodního jmění z obchodního zákoníku, Právo a podnikání 6/1996, str. 10

- Hanzalová, J.: Zákonné zastoupení advokátní s.r.o. jejím společníkem, Bulletin advokacie 1-2/2010, str. 55
- Havel, B.: Předpokládané změny obchodního práva při rekodifikaci práva soukromého aneb nad návrhem obchodního zákona, Obchodněprávní revue 1/2009, str. 7
- Horáček, T.: Vztah mezi obchodním zákoníkem a živnostenským zákonem po novele obchodního zákoníku, Právo a podnikání 1/2002, str. 22
- Horzinková, E.: Provozování živnosti v provozovně, Právní rádce 11/2000, str. 5
- Hušek, J.: Označení provozovny v novele obchodního zákoníku, Právo a podnikání 5/2001, str. 26
- Jankovská, M.: Právní postavení organizační složky, Právní rádce 8/1994, str. 14
- Kalinová, M.: Rekodifikace soukromého práva – návrh obchodního zákona, Acta Oeconomica Pragensia 8/2004, str. 39
- Kindl, J.: Podnik nebo soutěžitel ... záleží na tom?, Právní rozhledy 5/2006, str. 161
- Kozel, R.: Dokazování některých trestných činů souvisejících s podnikáním, Právní rozhledy 7/1998, str. 359
- Nesnídál, J.: Nová pravidla pro podnikání, Právní rádce 8/2000, str. 37
- Němec, M.: Nové označování podnikatelů – fyzických osob, Právní rádce 3/2001, str. 15
- Němečková, O.: Neoprávněné podnikání, Právní rádce 2/2001, str. 34
- Pavlok, J.: Podnikání a trestní právo, Acta Oeconomica Pragensia 8/2004, str. 134
- Pelikánová, I.: Podnikatel a podnikání podle obchodního zákoníku, Právo a podnikání 3/1994, str. 15
- Pelikánová, I.: Subjekt v obchodním právu, Právo a podnikání 2/1993, str. 8
- Pelikánová, I.: Úvaha o věcech v právním smyslu, Právní praxe v podnikání 11/1995, str. 1
- Pihera, V.: Opět k § 67a ObchZ, Právní rozhledy 12/2007, str. 445
- Pihera, V.: Poznámka k „výkladu“ § 67a ObchZ, Právní rozhledy 2/2007, str. 66
- Plíva, S.: Nová úprava právního postavení státního podniku, Právo a podnikání 9/1997, str. 2
- Purgerová, E.: Novela živnostenského zákona, Právní rádce 6/2008, str. 16
- Richter, J.: Co je provozovna, Právní rádce 2/1994, str. 29
- Richter, J.: Majetkové poměry v podnikání, Právní rádce 1/1995, str. 18

Salačová, M.: Podnikání zahraničních osob a obchodní zákoník, IS ASPI: LIT4661CZ

Smejkal, L.: Výkon závislé práce v souvislosti s dočasným přidělováním zaměstnanců, Právní rozhledy 1/2008, str. 16

Staša, J.: Nad další „velkou“ novelou živnostenského zákona může převládat mírný optimismus, Právní zpravodaj 8/2008, str. 1

Svoboda-Mascher, M.: Rakouský obchodní zákoník nově, Právní rádce 7/2007, str. 15

Šmídt, J.: Ještě jednou k problematice odštěpných závodů, Právní rozhledy 4/1998, str. 178

Šrámková, D., Valdhans, J.: Fiktivní podnikatelé a závazkové vztahy, Obchodní právo 5/2001, str. 25

Telec, I.: Není rozpor se zákonem jako rozpor se zákonem, Právní rozhledy 5/2004, str. 161

Večeřa J.: Vybrané otázky právní úpravy smlouvy o nájmu (části) podniku, Právní rozhledy 11/2009, str. 381